

LÍVIA BARBOSA LEITE DE SOUZA

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

**Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

Orientador: Prof. Flávio Alves Martins

RIO DE JANEIRO

2008

Souza, Livia Barbosa Leite de.

Teoria do Adimplemento Substancial/ Livia Barbosa Leite de Souza. – 2008.
71 f.

Orientador: Flávio Alves Martins.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 68-71.

1. Direito Privado - Monografias. 2. Direito Contratual. 3. Adimplemento Substancial I. Souza, Livia Barbosa Leite de. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Teoria do Adimplemento Substancial.

CDD 342.144

LÍVIA BARBOSA LEITE DE SOUZA

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

**Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Flávio Alves Martins – Orientador

A meus pais e avó, sem os quais nada disso seria possível.

A Jorge, por todo o apoio e amor.

RESUMO

SOUZA, Livia Barbosa Leite de. **Teoria do Adimplemento Substancial**. 2008. 71f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Este trabalho intitulado trata da tutela jurisdicional atribuída às prestações contratuais, objetos da obrigação estabelecida nos negócios, quando estas não são adimplidas de forma integral. Com fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, e, ainda, diante dos anseios sociais frente a uma nova realidade composta pela intensa utilização dos contratos, principalmente aqueles de cumprimento da obrigação fracionado, tem-se a necessidade de uma ampliação do alcance das normas civis para que se atinja a justiça social. Pode-se perceber, nos dias atuais, uma tendência nítida de deslocamento do foco que autorizava a livre ação da autonomia privada no campo contratual, sem interferência estatal, para uma visão mais solidária e coletiva, conforme princípios constitucionais, tendência que exige uma proteção específica e efetiva do Poder Judiciário. O significativo aumento das relações contratuais trouxe novos conflitos e, com isso, novas demandas. Cabe, portanto, aos operadores do direito, a pacificação de tais controvérsias, isto é, a realização dessa justiça social, integrando e adequando entendimentos de ordenamentos comparados, como ocorre com a Teoria do Adimplemento Substancial, a fim de alcançar o que almeja a sociedade: a paz social.

Palavras-Chave: Contratos; Princípio da boa-fé objetiva; Princípio da função social dos contratos; Adimplemento substancial.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. CONTRATOS.....	10
2.1 Aspectos gerais.....	10
3. PRINCÍPIOS.....	18
3.1 Princípio da boa-fé objetiva.....	18
3.2 O princípio da função social dos contratos.....	28
4. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	38
4.1 Aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de pagamento parcelado.....	49
4.2 o Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação nos contratos de pagamento parcelado.....	55
5. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DO TEMA.....	59
6. CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

O Direito das Obrigações, hoje, vive um momento de grande complexidade. A autonomia da vontade livre, baseada apenas em um pequeno número de regras de ordem pública, cuja atuação dos particulares não sofria interferência do Estado, vem perdendo espaço, eis que já não supre mais as expectativas sociais.

Hodiernamente, vê-se a relação contratual como uma relação onde as partes contratantes são parceiras, cooperadoras, solidárias, que devem agir de forma leal no âmbito deste instituto e não mais adversárias como ocorria.

A Constituição de 1988 incorporou princípios, como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, os quais trouxeram uma relativização desta liberdade conferida anteriormente à autonomia do particular, o que fez com que a Lei Civil os recepcionasse, principalmente no instituto contratual.

Tudo isso ocorreu em razão da mudança do contexto econômico. Com tal alteração, modificou-se também o contexto social.

A massificação da produção e do consumo, após a Segunda Guerra Mundial, impôs novas formas de contratação, os contratos de adesão, cujas cláusulas já vêm previamente estabelecidas por uma das partes, o que origina uma realidade fática baseada na desigualdade entre os contratantes. Ademais, a sociedade cresceu de forma complexa, fazendo com que a autonomia da vontade perdesse cada vez mais sua importância.

Diante de todos esses fatores o Código Civil, assim como todos os códigos civis modernos, trouxe consigo uma desconsideração da igualdade formal estrita para considerar, entretanto, as desigualdades fáticas.

Surge então, uma nova visão da teoria dos contratos, a qual se preocupa não somente com a expressão da autonomia da vontade dos contratantes, mas também com os efeitos práticos que o contrato produz. Percebe-se que este instituto não gera efeitos apenas entre seus participantes, produzindo-os para toda a sociedade. Desta forma, os interesses dos pólos contratantes devem ser observados somente quando os interesses da coletividade não estiverem sendo atingidos.

Para que o direito possa atender aos anseios sociais decorrentes desta nova realidade vivenciada, solucionando os conflitos dela oriundos, utiliza-se de cláusulas abertas, como os princípios constitucionais da boa-fé e da função social dos contratos, pois estes conferem ao magistrado a possibilidade de analisar as circunstâncias que envolvem o caso concreto e, após, eleger o melhor caminho à justiça efetiva (interferência estatal).

É nesse contexto que se desenvolve o presente trabalho: na convivência entre o aspecto antigo do instituto contratual, que ainda não morreu, com a visão atual que estabelece novos contornos.

Como, mencionado, os contratos tomaram uma forma diferenciada, já que sua utilização cresceu consideravelmente. Surgiram, assim, por conveniência dos privilegiados economicamente, detentores do ato de construir as cláusulas do negócio (contratos de adesão), os contratos que têm como forma de cumprimento da obrigação o pagamento fracionado.

Com o intuito de facilitar a aquisição de seus produtos, os donos de estabelecimentos comerciais possibilitaram o parcelamento das prestações oriundas do contrato, o que fez crescer ainda mais as contratações. Frente a isso, apresentaram-se ao direito conflitos advindos de tais relações negociais fundadas no incumprimento parcial das prestações estabelecidas.

A Teoria do Adimplemento Substancial se encontra nesta problemática, pois o artigo 475 do Diploma Civil, ao estabelecer que o credor pode buscar a resolução do contrato nos casos o devedor não tenha adimplido a obrigação pactuada, faz entender que em quaisquer hipóteses de lesão haverá a possibilidade do pedido de desfazimento do negócio. Nesse sentido, a busca pela resolução contratual tem ocorrido com frequência e seu fundamento repousa sobre o inadimplemento, ainda que este seja parcial e de escassa importância.

Entretanto, com a recepção da boa-fé objetiva, muitos destes comportamentos são considerados abusivos, em razão da análise circunstancial que envolve uma relação contratual. Deveres anexos são estabelecidos, situações externas ocorrem dificultando os atos do devedor, entre outros fatos que devem ser considerados antes de se desfazer o vínculo contratual.

Positivada em diversos ordenamentos jurídicos, a doutrina do adimplemento substancial vem limitar o direito de resolução do negócio, estabelecendo as situações lícitas

em que este poderá ocorrer. O Brasil tem utilizado tal teoria de forma tímida por seus tribunais, adequando-o à realidade de princípios e fundamentos jurídicos pátrios.

Pretende o estudo ora introduzido a análise de todos os aspectos que envolvem a Teoria do Adimplemento Substancial: a medição da gravidade do inadimplemento para que possa ensejar a resolução, as atitudes das partes contratantes, as circunstâncias que levaram ao parcial adimplemento, a satisfação dos interesses do credor, o alcance do interesse social, entre outros fatores que abraçam a matéria.

Interessa à pesquisa a demonstração da importância da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial ante a resolução do negócio, com fundamento na boa-fé objetiva, a fim de que se atinja a real função social do contrato.

A abordagem do assunto se realizará em quatro capítulos. O primeiro analisará a Teoria Geral dos Contratos com seu conceito, características, âmbito de aplicação e as novas visões constitucionais atribuídas a esse instituto.

O segundo capítulo apresentará os princípios constitucionais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos apontando as origens, os conceitos, a importância no campo contratual de suas aplicações, entre outros aspectos relevantes.

O terceiro capítulo se refere à Teoria do Adimplemento Substancial, tema abordado com prioridade neste trabalho, momento no qual será analisada sua origem no direito comparado, seu conceito, suas características, a relevância de sua aplicação e as hipóteses de cabimento.

O quarto e último capítulo, por meio de demonstração de casos exemplificativos, quais sejam, julgados referentes à aplicação da teoria do Adimplemento Substancial, ilustrará a pesquisa e demonstrará que, efetivamente, o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não tenha positivada mencionada teoria, tem utilizado-a com frequência.

2. CONTRATOS

2.1 Aspectos gerais

Na teoria do negócio jurídico é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos.

Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. E a diferença específica, entre ambos, consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes.

Assim, para defini-lo dentro dessa sistemática, basta acrescentar ao conceito de ato jurídico, proporcionado pelo art. 81 do Código Civil de 1916, a diferença específica ora apontada. Por conseguinte, cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades nos encontramos na presença de um contrato.

Portanto, de maneira clara, pode-se definir contratos como sendo o acordo de vontades, firmado pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todos os contratos são realizados entre pelo menos duas pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes. Vejam-se alguns conceitos estabelecidos por renomados doutrinadores:

Afirma Orlando Gomes que *“contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos, de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”*¹.

Menciona o autor Marco Aurélio Bezerra de Melo que:

¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Contrato é o negócio jurídico bilateral pelo qual as partes, naturais ou jurídicas, se obrigam com o objetivo de obterem do direito algum bem da vida ou a defenderem determinado interesse, devendo observar a função social e econômica do mesmo, preservando, em todas as fases do pacto, a probidade e a boa-fé ².

Muitos são, pois, os conceitos de contrato que partem essencialmente da descrição legal, repositório de todos os seus elementos objetivos e subjetivos.

Trata-se, sem qualquer dúvida, de um dos mais importantes institutos jurídicos, porque basilar de quase todas as relações humanas em sociedade.

Sua estrutura ética é a vontade humana, a qual, por sua vez, se funda nos princípios de segurança e liberdade volitiva. O contrato reside na lei, como não poderia deixar de ser, ou na licitude de seu objeto, dado que o contrato, como suporte das relações jurídicas, repele as condutas ilícitas, visto que estas afrontam a ordem jurídica e social, o que leva, certamente, à falência das instituições.

O efeito do contrato é criar obrigações, estas, por sua vez, equivalentes à disciplina, por sua vez, equivalente à ordem, por sua vez, sinônima de paz social.

A obrigação é o dever, o vetor imperioso, é a garantia bilateral "*feedback*" das relações jurídicas.

Qualquer efeito buscado no contrato se pode resumir numa espécie de obrigação, sendo esta, aliás, a única razão da existência jurídica dos contratos.

Do ponto de vista etimológico, o vocábulo contrato deriva do latim clássico, pois que já era um instituto jurídico do Direito Romano. Compõem-se de dois termos *contra*, *contrae* (nominativo) + *actus* = ação, ato, significando literalmente o princípio de reciprocidade que norteia o acordo de vontade estabelecida.

O contrato escrito surgiu da necessidade de registrar no tempo o enlace obrigacional, como título com força de exigir do obrigado a prestação assumida.

Desta forma, em sendo o contrato um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses

² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**. Contrato – Tomo I. Ed. Lumen Juris. 1ª edição, 2003.

entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial; como negócio jurídico, requer, para sua validade, a observância dos requisitos legais (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei).

Seus requisitos subjetivos são a existência de duas ou mais pessoas; a capacidade genérica das partes contratantes para prática dos atos da vida civil; aptidão específica para contratar e o consentimento das partes contratantes.

Por outro lado, os requisitos objetivos da relação contratual dizem respeito ao objeto do contrato; a validade e eficácia do contrato, como um direito creditório, dependem da: 1) licitude de seu objeto; 2) possibilidade física do objeto; 3) determinação de seu objeto, pois este deve ser certo ou, pelo menos, determinável; 4) economicidade de seu objeto, o qual deverá versar sobre interesse economicamente apreciável, capaz de se converter, direta ou indiretamente, em dinheiro.

Os requisitos formais são atinentes à forma do contrato; à regra é a liberdade de forma, celebrando-se o contrato pelo livre consentimento das partes contratantes (CC, artigos 129 e 1079).

Além das condições para sua validade o contrato possui, ainda, três princípios básicos: que a vontade seja autônoma, significando, aí, a liberdade das partes na estipulação do que melhor lhes convenha; ainda, o princípio da supremacia da ordem pública, ou seja, à vontade das partes tem como limite os termos da legislação pertinente à matéria, aos princípios da moral e da ordem pública e, finalmente o da obrigatoriedade, donde o velho axioma de a avença fazer lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

Ocorre que o Código Civil de 2002 em seus artigos 421 e 422, no que se refere à celebração de contratos, segue o estabelecido em nossa Constituição de 1988 que, através de princípios como o da boa-fé objetiva e o da função social dos contratos, vêm coibindo a atuação do *pacta sunt servanda*. A intensa rigidez nos alcances do efeito prevista por este instituto, no ato de contratar, é hoje vista como inadequada frente à realidade social na qual se vive.

Neste aspecto, tem-se que, atualmente, tais efeitos atingem diretamente a coletividade, e não mais somente entre as partes contratantes. Tornou-se necessária tal extensão na medida em que as relações sociais evoluíram e novas maneiras de contratar surgiram. Assim, situações jurídicas diferenciadas nasceram e a análise do comportamento dos agentes

envolvidos nestes negócios jurídicos se tornou de suma importância para a interpretação da verdadeira finalidade do contrato celebrado.

Iniciou-se uma compreensão das relações contratuais como sendo estas componentes do sistema sócio-econômico, tendo em vista que, atualmente, a maioria dos negócios jurídicos importa em realização de contratos.

Direcionando-se neste mesmo raciocínio, tem-se que os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos passaram a ter tamanha importância, pois se encontrou neles um fundamento para se garantir de forma efetiva a ordem econômica, compatibilizando interesses sociais com interesses particulares.

Diante do exposto, verifica-se a relação obrigacional sob uma nova concepção, de norte mais solidarista que a anteriormente experimentada. Hoje, inclina-se a entender o contrato, promotor de obrigações, como um ato de auxílio mútuo (colaboração), a partir de uma perspectiva solidarista.

Durante muito tempo compreendeu-se o solidarismo como algo relacionado à caridade, de auxílio ao próximo deliberado por pura liberalidade. Entretanto, os pensamentos atuais não sustentam o comportamento solidário como uma extensão da fraternidade. Neste aspecto, o correto seria vislumbrar-se a solidariedade como uma expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza qualquer pessoa humana.

No contexto atual, a lei maior exige que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, eis que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.

Importa destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana, advindo de relações interpessoais, já que a intersubjetividade implica na necessidade de reconhecimento pelo outro, não deve ser visto como uma situação em que alguém deve se colocar em desvantagem em prol de outrem. Pelo contrário, significa que as pessoas não devem ser tratadas de tal forma que se venha a negar importância distintiva de suas próprias vidas.

Desta maneira, as noções de dignidade humana e solidariedade são complementares e não reciprocamente excludentes. Assim, o solidarismo contratual pode ser descrito como a doutrina que erige como princípio do direito dos contratos a exigência de lealdade, solidariedade ou boa-fé e impõe aos contratantes a obrigação de colaborar.

Para Nelson Rosenvald³:

O direito de solidariedade se desvincula de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum.

No sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e no inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas idéias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas.

Para a doutrina solidarista, o que deve dirigir as partes na celebração do negócio, durante sua duração e mesmo após o término da mesma, são a boa-fé, a lealdade e a solidariedade. A solidariedade repousa num único dever que gera uma multiplicidade de deveres de conduta exigíveis de qualquer das partes.

Limitando tais idéias ao âmbito do direito das obrigações, adentramos no campo do que Ian Macneil⁴ costumava denominar contratos relacionais:

Categoria para a qual, segundo o citado autor, o simples consenso não é suficiente para a criação de obrigações contratuais. A existência do contrato não depende apenas e tão-somente do consentimento, mas também de uma expectativa de confiança entre as partes, que significa a adoção de um comportamento que possa ser previsível à outra parte, estando assim apto a concretizar o princípio da função social previsto no texto constitucional.

Há de se vislumbrar que em alguns contratos de longo prazo a sanção ao não cumprimento da obrigação estabelecida não será imposta, mas, como o resto, negociada, pois os contratantes não disciplinaram exaustivamente os eventos futuros, pelo que, durante a execução, ajustes serão necessários. A disputa nestes casos dirige-se ao que ainda irá acontecer, e não ao que já ocorreu.

Conclui-se, portanto, que as situações patrimoniais demandam a indispensável cooperação entre os seus partícipes. É este espírito de cooperação que densifica o primado da

³ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴ MACNEIL, Ian. **The New social Contract**. An Inquiry into Modern Contractual relations. Yale University Press, 1980.

solidariedade social, apontando o rumo a ser seguido em qualquer relação contratual, limitando atos de autonomia privada que desviem desta rota. Nem é necessário sublinhar que a perspectiva solidarista impõe o dever de não agir contra ato próprio. O Direito civil que se desenha hoje é pautado pela "colaboração intersubjetiva no tráfego negocial".

Aproveitando-se da idéia primordialmente aludida nesta primeira parte do trabalho, a qual, solidariza a relação contratual, importa narrar que diante da vivência em uma sociedade extremamente capitalista de consumo em massa, tem-se, por parte de empresários, o interesse em uma facilitação no que toca à celebração de contratos de compra e venda de produtos por eles comercializados.

Isto ocorre por intermédio das imensas possibilidades de parcelamento dos valores de tais produtos ofertadas por aqueles, fazendo com que aumente o número de realizações de contratos desta espécie.

Estabelecimentos comerciais, com a finalidade de aumentar suas vendas e atingir um público cada vez maior e diferenciado, oferecem maneiras facilitadoras de obtenção de produtos com os financiamentos proporcionados no momento do pagamento dos mesmos. Uma parcela menos favorecida economicamente da população é atingida, eis que há a possibilidade de aquisição de um objeto sem prejuízo significativo de sua renda mensal, em função de tais parcelamentos.

Paralelamente, embora seja compreendida como positiva a idéia de que maior é o número de contratações, o que significa que mais pessoas estão tendo acesso a produtos que até então não poderiam adquirir, os contratos, neste aspecto, passam a ser “contratos de massa”, isto é, a paritaridade não é mais observada da forma como deveria, tornam-se infundidos, com cláusulas pré-estabelecidas, sem margem para uma correta negociação, o que dificulta a discussão de suas cláusulas num eventual conflito de interesses.

Com isso, a visão solidária demonstrada anteriormente vem ganhando forças. Se o número de contratações aumenta a cada dia, em razão da nova realidade vivida em nosso país com o desenvolvimento econômico, vislumbra-se uma adequação ou mesmo crescente necessidade de adequação desta visão solidária a estes atos negociais.

A cada dia presenciam-se mais e mais realizações de contratos de compra e venda beneficiados por financiamentos, o que nos faz deparar-nos com um maior número de

conflitos derivados destas negociações. Quanto mais contratações, maior será o número de insatisfações relacionadas a tais atos.

A realidade jurídica acompanha a evolução da realidade social e econômica. Não ocorre de forma diferenciada no caso exposto.

Os avanços econômico e social, caminhando no direcionamento de que tudo o que é oferecido deve atingir, tocar a todos os membros da sociedade (desde os produtos apresentados ao mercado até a possibilidade real e não prejudicial de adquiri-los), vêm tocar o campo do Judiciário no momento em que trazem novas insatisfações advindas de novos tipos de relacionamento (no caso, realização de contratos de compra e venda). Estas devem ser solucionadas pela Justiça e com justiça de modo que a cada caso se tenha uma análise diferenciada para se chegar a uma solução efetiva.

Desta forma, pode-se perceber a relevância de toda evolução, em todos os campos que interferem direta e indiretamente em qualquer sociedade, cultural, econômico e propriamente social, a qual vem repercutir intensamente nos braços do Poder Judiciário.

Como tudo que aparece de novo em uma realidade social, as facilidades de realização de contratos aumentando este tipo de negociação provocam também um aumento significativo dos que procuram os operadores do Direito a fim de que solucionem seus conflitos. Estes são provenientes justamente de insatisfações ou mau entendimentos no ato de contratar.

Ciente de tudo isso, o legislador operou de forma diferenciada no novo Código Civil colocando os contratos como um elemento de eficácia social, o qual não deve ser cumprido somente tendo em vista interesse do credor, mas também o benefício para a sociedade. Este foi um avanço operado na concepção da finalidade jurídica do contrato.

Assim, passou-se a compreender os contratos de forma temporal, dentro da atual realidade social em que vivemos. Destarte, qualquer obrigação contratual descumprida não prejudica somente a parte (credor ou contratante) isoladamente, mas toda a comunidade.

Portanto, retira-se de todo o explanado a importância dos estudos do tipo de contrato mencionado, eis que a tendência social é ter cada vez maior o crescimento de contratações pelas facilidades citadas anteriormente e, com isso, o transporte ao Judiciário dos também crescentes conflitos delas advindos.

Para tanto, este Poder dispõe de diversos mecanismos, gerados constitucionalmente ou pela própria legislação ordinária, a fim de se chegar numa solução efetiva aos conflitos originados de relações contratuais. Dois desses instrumentos que fundamentam a convicção dos operadores do Direito são o princípio da boa-fé objetiva e o da função social dos contratos, que serão tratados a seguir.

3. PRINCÍPIOS

3.1 Princípio da boa-fé objetiva

O Diploma Civil brasileiro de 1916 não se referia à boa-fé objetiva, consagrando, entretanto, em muitos momentos, a boa-fé subjetiva como forma de interpretação e aplicação no campo contratual. Paralelamente, a boa-fé objetiva estava prevista no Código Comercial de 1850, com expressa previsão no art. 131, I, que disponha que “a inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

No direito civil comparado, muitos países já previam em seus ordenamentos jurídicos o princípio da boa-fé objetiva, como em um dos artigos do Código Civil Alemão (BGB) que preleciona: “O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes”. Junto a isso, tem-se previsão que vem no mesmo sentido, estabelecida no artigo 1337 do Código Civil Italiano de 1942, que diz: “No desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem os contratantes comportar-se segundo a boa-fé”.

Segundo, ainda, o mesmo raciocínio, o Código Civil Português de 1967, em seu artigo 227 consagra que: “Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Citadas codificações de ordenações comparadas, portanto, trazem em seus dispositivos legais, o princípio da boa-fé objetiva, ou seja, de uma boa-fé como conduta, eis que esta, ao traduzir a verdadeira e correta intenção, vontade das partes contratantes, deve ser baseada na probidade, moralidade e na honradez inerentes a todo homem considerado médio. Tem, ainda, por escopo, a formação de um contrato que atinja a função social do negócio jurídico realizado no momento em que adentram na solidariedade e integralidade de qualquer pessoa.

Todavia, embora o Código Civil de 1916 mencione somente a boa-fé subjetiva, em especial nos artigos 102 a 105, e o Código Comercial de 1850 aludir-se textualmente à boa-fé objetiva, mesmo não abarcando a sua merecida atenção, o princípio da boa-fé objetiva,

efetivamente, somente se iniciou no ordenamento jurídico brasileiro, em 1990 com a edição da Lei 8078, a qual criou o Código de Defesa do Consumidor. Frente a este diploma legal, depara-se com um grande número de manifestações da boa-fé objetiva (art. 4º, III que prevê a Política Nacional das Relações de Consumo), com o fim de atender aos princípios da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo sempre com fundamento no princípio da boa-fé e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores, bem como ao estabelecer os direitos básicos do consumidor.

Como afirmava Clóvis do Couto e Silva: *“A influência do princípio da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar”*⁵.

O imenso valor dado à boa-fé constitui uma das mais relevantes diferenciações entre o Código Civil de 1916 e o seu substitutivo, de 2002. O fenômeno de constitucionalização introduzido pela Carta Magna de 1988 inseriu no mundo contratual esta visão solidária à luz da boa-fé objetiva introduzindo-a como um todo no âmbito do ato de negociar.

Analizando-se a evolução do conceito deste princípio, verifica-se que a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito. Nesse sentido, era conceituada como boa-fé subjetiva, vez que mantinha relação direta com o indivíduo que ignorava um vício relacionado a outro indivíduo, bem ou negócio, isto é, ligava-se diretamente à intenção do agente contratante.

Num estudo comparativo, vislumbra-se que, desde os primórdios do Direito Romano, já se cogitava uma boa-fé, exatamente aquela relacionada com a conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais, mais habituais à época mencionada.

Seguindo as diretrizes do Direito nascido em Roma, tal princípio se caracterizou pela finalidade de resolver as questões jurídicas, dando preferência ao uso de conceitos e categorias da própria Ciência do Direito.

É claro que nenhum criador ou efetivo participante do direito pode ser contrário à elaboração de “categorias jurídicas” destinadas a disciplinar os fatos sociais, atendendo às exigências da igualdade entre estes mesmos fatos. Entretanto, o que se critica é o fato de se pretender que tal solução seja obtida tão somente graças a fórmulas de natureza jurídica, sem levar em conta os fins éticos e econômicos, por aqueles também atingidos.

⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

A realidade do Direito não se encontra reduzida a uma imensidade de fatos desvinculados de valores que lhes dão sentido, significado e vida, de onde sua correlação dialética origina o regulamento jurídico.

Desta forma, pela e para a efetiva e correta aplicação do princípio da boa-fé, foi trazido ao ordenamento jurídico um elemento do Direito Natural, o qual passou a integrá-lo. O *jus naturalismo* compreendia este direito natural como um conjunto de normas ou de primeiros princípios morais, que são imutáveis, podendo estar os mesmos consagrados ou não no ordenamento social, em razão de resultarem da natureza das coisas e do homem. Por este motivo, pode-se afirmar que tal conjunto de regras inseridos na concepção natural do homem e das coisas, por assim serem, são apreendidos pela inteligência humana como verdadeiros.

Entende-se, por conseguinte, que o mencionado princípio abraça todos os deveres do homem para consigo mesmo, visto que correspondem ao que há de permanente, imutável e universal na natureza humana, sendo perceptíveis e palpáveis de maneira imediata tanto pela razão deste mesmo homem, como pela generalidade dos homens, independentemente de sua cultura ou civilização individualmente colocada, representando toda uma coletividade. Portanto, o Direito Natural, “*imanente à natureza humana, independe do legislador humano, sendo as demais normas, construídas pelos legisladores, aplicações dos primeiros princípios naturais às contingências da vida*”⁶.

Diante disso, tem-se a justificação da orientação assumida pelos autores do Anteprojeto do Código Civil. A adoção deste raciocínio como princípio constitucional que é fez com que toda a legislação civil nova viesse envolvida neste parâmetro solidário, consagrando a boa-fé como ponto de partida para todas as interpretações civilistas, principalmente as de âmbito contratual.

Com o advento da Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que instituiu o novo Código Civil, foi inserido em nosso ordenamento jurídico uma cláusula geral de boa-fé que, ao contrário do estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, o qual dividiu tal princípio em vários artigos, vem prevista em um único dispositivo que determina a obrigação dos contratantes em guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da boa-fé e da probidade (artigo 422, CC).

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 1997.

Referida cláusula geral da boa-fé deriva do princípio da eticidade, orientador, dirigente da construção do novo Código Civil. Esse princípio estipula a valorização da ética, da moral, dos bons costumes e da boa-fé objetiva, ou seja, aquela relacionada com a conduta das partes, principalmente no campo das obrigações, das contratações.

Por outro lado, advém também do princípio da boa-fé, já explicitado que se considera como uma cláusula geral dentro da legislação civil, mais especificamente, o princípio da operabilidade. O significado atribuído a esta orientação jurídica é a busca da concretude ou efetividade do direito privado, é a realização deste ramo do direito operacionalizada da melhor forma possível. Isto porque, para que se opere o direito de forma realmente efetiva, como mencionado, deve-se compreender a ética como aquela que valora o comportamento humano para que um indivíduo possa respeitar o outro. Esta é a ética defendida pelo novo Diploma Civil, a que vê o homem como um ser constituído por diversos valores, o que reflete para um estado de confiança nas relações desenvolvidas, sejam elas negociais ou não. Por essa razão, nas palavras de Judith Martins da Costa “*cláusulas gerais seriam janelas abertas a serem preenchidas pelo juiz, no caso concreto*”⁷.

O resultado da compreensão superadora da posição positivista anteriormente adotada pelo Código Civil foi a preferência dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, aquelas que não se subordinam ao propósito de um rigorismo jurídico fechado, sem nada a deixar para a imaginação criadora dos operadores do direito.

É a boa-fé, portanto, o foco em torno do qual girou a alteração de nossa Lei Civil, da qual podem ser destacados dois artigos complementares, o de nº 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, e o artigo 422, já citado, que determina: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Resta claro que a boa-fé, desta maneira, não constitui uma regra ética abstrata, mas sim um pressuposto que condiciona, encaminha e confere legitimidade a toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências, como a verificação da verdadeira intenção das partes e de seus conseqüentes posicionamentos frente a esta.

⁷ COSTA, Judith Martins da. **A boa-fé no Direito Privado**. Sistema e Tópico no Processo Obrigacional, 1999.

Daí, de todo o entendimento baseado na utilização da boa-fé como fundamento da aplicação do direito, principalmente nos atos de natureza contratual, retira-se a necessidade de ser ela analisada como condição sem a qual não se logra a realização perfeita da justiça. Isto ocorre ao longo da aplicação dos dispositivos emanados de todas as fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma forma de exigência de lealdade dos contratantes, constitui um modelo objetivo de conduta através do qual se impõe um poder-dever que cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta, agindo como agiria uma pessoa honesta e leal. Tal conduta impõe direcionamentos ao agir no campo negocial, devendo ser considerados os interesses do outro como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como sinônimo de “honestidade pública”, como relação de confiança entre os membros de uma coletividade que contratam cada dia mais.

Concebida desse modo, a boa-fé exige que a conduta individual ou coletiva, em Juízo ou fora dele, seja examinada dentro do conjunto social ou concretamente adaptada às circunstâncias de cada caso específico.

Também exige, por outro lado, este princípio, que a leitura das normas e dos contratos em si não seja feita de maneira abstrata, mas concreta, ou seja, fundamentada em sua função social e incluída no momento social vivido.

Diante de todo o exposto, conclui-se que há dois tipos de boa-fé: boa-fé subjetiva que representa uma situação subjetiva de boa-fé, significando uma ausência de vícios psicológicos de conhecimento, internos à mente do homem, e sua vontade sobre a situação irregular apresentada, e a boa-fé objetiva, cuja área de aplicação primordial é a do direito das obrigações, das negociações. Consiste este em um direcionamento institucional de conduta do sujeito, um princípio que agrega normas que exigem determinada forma de atuação das partes em suas relações, o que determina um posicionamento ético e socialmente valorado, cheio de confiança, lealdade e cooperação com a finalidade de se alcançar um fim comum.

Sendo assim, claro fica que o princípio da boa-fé desempenha um papel muito relevante no que toca às atitudes humanas. Como já exposto em linhas anteriores, a boa-fé se divide em objetiva (concepção ética da boa-fé) ou subjetiva (concepção psicológica da boa-fé)

e, embora ambas se originem de um ponto comum, ou seja, do princípio da boa-fé, desempenham papéis diferenciados. Veja-se:

Enquanto a boa-fé subjetiva funciona com função interpretativa dos contratos, a boa-fé objetiva atua, no mais das vezes, como fonte integrativa, no sentido de integrar o direito criando novos direitos e obrigações, ainda não previstos expressamente nos contratos.

Paralelamente, apesar de possuírem funções diferentes, juntas exercem uma função de controle sobre os contratos. Em sendo assim, o princípio da boa-fé se relaciona não somente à interpretação do ato de contratar e do contrato em si, pois, acordando-se a ele, o sentido literal da linguagem e da legislação não deverá prevalecer sobre a intenção, a vontade efetiva depreendida da declaração volitiva das partes, mas se refere também ao interesse social de obtenção de segurança das relações jurídicas. Este aspecto se justifica uma vez que as partes têm o dever de agir com honestidade e confiança recíprocas, isto é, *“proceder de boa-fé tanto na tratativa negocial, formação e conclusão do contrato como em sua execução e extinção, impedindo que uma dificulte a ação da outra”*⁸.

A boa-fé objetiva, como já foi explicitado anteriormente, determina, impõe que os que contratem tenham a obrigação de agir nos padrões do homem comum, de acordo com os usos e costumes do lugar onde se encontrem, da forma que é considerada como correta neste âmbito social em que vivem. Este princípio é fonte de direito e obrigações, tanto quanto a lei, porém ordena que os contratantes ajam com probidade e lealdade. Portanto, pode-se afirmar, diante de todos os imperativos que a boa-fé objetiva prevê, que esta cria para os contratantes a obrigação de cumprir alguns deveres anexos, isto é, implícitos no contrato.

A violação de tais deveres, a partir de um comportamento ilícito, constitui uma espécie de inadimplemento, independentemente de culpa, conforme preceitua o Enunciado nº 24 do Conselho Superior da Justiça Federal (CSJF), aprovado na Jornada de Direito Civil realizada em 2002⁹.

Da não observância da boa-fé objetiva, decorre a intervenção do Estado nas relações contratuais. Hodiernamente, esta intervenção cresceu e a necessidade se buscar caminhos para a solução dos conflitos advindos de negociações jurídicas contratuais, tendo em vista o aumento das facilidades que a sociedade moderna proporciona, cresceu imensamente.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**, 2004, pg 354.

⁹ <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2001/1156>.

Assim, ainda na esteira dos Enunciados do Conselho Superior da Justiça Federal de 2002, o Enunciado nº 26 dispõe que a cláusula geral contida no art. 422 do Novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. Desta forma, pela revisão dos contratos, que se opõe à obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), permite-se que os contratantes recorram ao judiciário para obterem modificações da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações, ante a proibição do enriquecimento ilícito ¹⁰.

É exatamente o que a boa-fé tem como objetivo: proporcionar uma maior amplitude na análise dos contratos, juntamente com a observação da intenção dos agentes participantes de tal negociação, eis que possibilita ao juiz, pelo texto legal, uma verdadeira revisão contratual.

O que o Enunciado nº 26 citado demonstra é efetivamente o ora exposto, ou seja, uma reanálise do contrato adaptada ao contexto dos atos e dos fatos vivenciados à época da contratação e no momento do hoje, isto é, da resolução do conflito suscitado.

Entretanto, o artigo 422 não prevê tal posicionamento do magistrado quanto à fase pré e pós-contratual. Daí a compreensão da importância deste enunciado, pois se depreende dele que o juiz poderá revisar o contrato em qualquer que seja sua fase. O dispositivo mencionado, portanto, demonstra-se insuficiente à realidade atual apresentada.

Por isso, a boa-fé consagra também essas duas fases contratuais, como bem demonstra o Enunciado nº 27 do CSJF, o qual preceitua que na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos (Teoria do Diálogo das Fontes) e fatores meta jurídicos ¹¹.

Assim, e diante do Enunciado nº 25 ¹²que possui preceito similar, vislumbra-se que o disposto no artigo 422 não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual, até porque a confiança esperada em qualquer relação de contrato se encontra em todas as fases deste ato negocial, e isto resta como entendimento pacificado. Neste contexto, salienta Nelson Nery Júnior que:

¹⁰ Idem 5.

¹¹ Idem 5.

¹² Idem 5.

Os entabulantes, isto é, ainda não contratantes, podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato e os ex-contratantes, quando o contrato já se findou pela sua execução, também respondem por fatos que decorram do contrato findo ¹³.

A confiança, já mencionada por diversas vezes, encontra-se instalada tanto nas tratativas, como nas execuções de um negócio jurídico e coloca o indivíduo exposto a uma correspondência de considerações éticas e morais. Por outro lado, destituída a pessoa da confiança depositada, desenvolve-se uma instabilidade social que deve ser, desde logo, refutada do convívio social. É por isso que a confiança e a lealdade, dentre outros substantivos, são consideradas no campo da reciprocidade, para que seja mútua a doação de cada pessoa, em casa ato jurídico negocial praticado por ela.

Revelada a sua importância, a proteção conferida a confiança se demonstra, assim, num princípio fundamental de concretização da boa-fé, onde o Direito deve proteger o investimento confiado pelos indivíduos. Logo, a confiança guardada e despendida pelas partes merece uma tutela jurídica específica e efetiva, posto que não pode ficar desamparada diante de uma eventual frustração. Para atender de maneira efetiva a esta proteção, tem-se um direito fundamental previsto constitucionalmente, o direito de petição, isto é, todo cidadão possui assegurado e irrestrito o acesso ao Poder Judiciário, em função de uma lesão sofrida (art. 5º, XXXIV e XXXV, CF).

Assim, decorrem do princípio da boa-fé objetiva diversas expectativas relacionadas a atitudes dos contratantes, no sentido de eles cooperarem reciprocamente pelo cumprimento dos deveres anexos dela decorrentes. Tal princípio estabelece, portanto, uma observância a determinados deveres acessórios, como os de proteção, esclarecimento e de lealdade.

Importa dissertar um pouco sobre cada um deles devido a sua enorme relevância.

O dever anexo de proteção é aquele que, de forma imperativa, coloca às partes a adoção de medidas necessárias com o escopo de evitar que a outra parte perceba danos ao seu patrimônio ou a sua pessoa.

Paralelamente, os deveres acessórios de informação constituem aqueles, os quais tornam obrigatórios às partes a prestação de todas as informações importantes, referentes ao contrato celebrado, sendo considerado que esta obrigação deve ser recíproca entre elas.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2003, p.339.

Por fim, o dever anexo que prevê a lealdade impõe às partes a obrigação de evitar a prática de atos que possam tornar inútil à outra parte contratante o cumprimento da prestação a ser cumprida.

Resta esclarecer, no entanto, que esses deveres anexos de lealdade, informação e proteção, encontram-se implícitos nos contratos e, por isso, mesmo não estando explícitos em nenhuma legislação, são implicitamente incorporados a todo e qualquer contrato celebrado e aplicado em todos os casos conflituosos relacionados a eles.

Além dos deveres já mencionados, há também outros que, como os anteriores, servem de base implícita para a aplicação do direito no que toca aos contratos e suas consequências jurídicas. Então, veja-se:

O *venire contra factum proprium no potest* consiste numa vedação oriunda do princípio da confiança. Sendo um tipo de ato abusivo de direito, este dever que tem como objetivo assegurar a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais, onde não se admite a adoção de condutas contraditórias. É uma norma relacionada à coerência, através da qual é vedado que se tome certa atitude em determinado momento e de uma certa forma e, após, que se adote um outro comportamento que vai de encontro àquela conduta tomada em primeiro lugar.

Corroborando com este entendimento, afirma João Baptista Machado que tal dever anexo “*além de carrear uma pretensão de veracidade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), desperta nos outros expectativas quanto à futura conduta do agente*”. Este fato implicaria, de um modo geral, em uma autovinculação e a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima fundada no comportamento de se poder confiar em alguém. Ressalta o ilustre autor que tal dever é uma condição básica de toda a convivência pacífica e de cooperação entre os homens, além de ser, também, uma condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação ¹⁴.

Com isso, o *venire contra factum proprium no potest* proíbe que se aja de forma contraditória com o que, anteriormente, havia se agido. Isto ocorre independentemente de ter

¹⁴ MACHADO, João Baptista. **Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium**. In *João Baptista Machado - Obra Dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. I.

sido acionada qualquer norma comum ao tipo contratual, sempre o sujeito estará proibido de contradizer o que dissera ou fizera em tempos anteriores.

A *supressio* se refere a um fenômeno de supressão de certas relações jurídicas pelo decurso do tempo. A *surrectio*, por sua vez, consiste no inverso da anterior, ou seja, é o surgimento de uma prática de usos e costumes locais. Sendo assim, tanto um dever quanto outro são caracterizados quando, por qualquer motivo, uma das partes age ou deixa de agir de determinada forma que este ato se torne uma conduta permanente, fazendo com que a outra parte se acostume com ela. Desta maneira, deixar de fazê-lo ou começar a praticá-lo seria expor o outro contratante a situação instável e imprevisiva, o que o levaria a errar quanto ao cumprimento de sua própria obrigação.

Assim, tanto a *supressio* como a *surrectio*, como deveres anexos, configuram formas de perda e aquisição de direito pelo decurso do tempo. Por outro lado, deve ficar claro que tais restrições e aquisições somente são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro se estiverem previstas expressamente em lei, como é o exemplo do artigo 1.238 que trata da aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária, bem como pelos artigos 205 e 206, do Código Civil que se referem à prescrição extintiva, pois este instituto consiste em aquisição ou extinção de direitos, pelo passar do tempo.

Portanto, pode-se afirmar que são institutos que fazem surgir ou deixar de surgir direitos que não existiam juridicamente, porém que têm existência na efetividade social, vez que fazem parte da realidade contratual apresentada. Isto significa que as partes contratantes convivem com um determinado tipo de comportamento que, apesar de não estar expressamente previsto em alguma das cláusulas do contrato, é fato presente e costumeiro praticado por um dos negociantes, o que faz com que o outro crie certa confiança e segurança referentes a este aspecto.

O *tu quoque*, outro dever anexo, relaciona-se diretamente com o princípio da boa-fé. A expressão que originou este dever revela uma situação de abuso de direito verificada quando uma das partes viola a norma jurídica e, após tenta aproveitar-se dessa conduta em benefício próprio. O direito veda o fato de o indivíduo se valer da própria torpeza para conseguir algo, daí a existência deste dever.

Com isso, percebe-se que quem viola alguma cláusula contratual não poderá se valer desta falha para ser favorecido. É o que estabelece o Enunciado nº 24 do Conselho Superior

da Justiça Federal quando admite que a violação dos deveres anexos decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa (de onde se retira a objetividade da conduta).

Ao lado da boa-fé objetiva, com todos os seus deveres acessórios, tem-se, ainda, um outro princípio constitucional que envolve a prática contratual: a função social dos contratos. Este último age passo a passo com o primeiro a fim de que os contratos se adequem à realidade social e as partes contratantes observem os aspectos da confiança e lealdade em todos os momentos da prática do ato negocial.

3.2 O princípio da função social dos contratos

Primeiramente, ressalta-se que, como já foi observado no tocante ao princípio da boa-fé, houve um fenômeno de constitucionalização que impulsionou uma releitura do direito contratual. Conforme citado anteriormente, adveio da Constituição de 1988 o princípio da boa-fé objetiva. O mesmo ocorreu com o princípio da função social dos contratos.

Enquanto uma ciência social vislumbra-se que o Direito evolui e se modifica de acordo com as transformações sociais. Foi exatamente o que ocorrera.

Em tempos anteriores, deparávamo-nos com um Estado Liberal, o qual abraçava idéias impregnadas de individualismo. Estas últimas, por sua vez, fundamentavam-se em uma visão de intervenção mínima do Estado.

Com o passar do tempo e diante de uma sociedade marcada por um período pós-segunda guerra mundial, verificou-se uma intensa reivindicação popular por maior intervenção estatal nas relações individuais. Seria o Estado o capaz de solucionar da melhor e mais eficaz forma possível os conflitos individuais, impedindo a exploração e os abusos praticados pelos cidadãos economicamente mais favorecidos, de modo a tutelar os interesses de cada um de forma mais igualitária.

No Brasil, de maneira bem clara, pode-se perceber a evolução deste fenômeno com a elaboração do projeto da Carta Magna de 1988, a qual teve como fundamento a elevação da dignidade da pessoa humana a fim de que se pudesse buscar uma sociedade livre, justa e solidária. Para tanto, a liberdade foi posta lado a lado da autonomia da vontade e princípios

como o da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e o da função social dos contratos foram adotados para que todos os componentes de uma sociedade pudessem ter tratamento plural, mais equilibrado e equiparado.

Portanto, observa-se que a dicotomia Direito Público e Direito Privado é o resultado que se obtém diante de uma nova realidade histórica, condicionada às circunstâncias de cada momento vivenciado, de acordo com a evolução sócio-econômica de cada época e lugar.

Estando pressuposta a separação entre Estado e sociedade civil, o que era o sustentáculo primordial do liberalismo que possuía como função principal a manutenção da coexistência pacífica entre todas as esferas individuais, fazendo com que pudessem atuar livremente, baseadas em suas próprias regras, entrou em crise. Isto porque, desde que o Poder Público passou a interferir quotidianamente na economia e em todos os aspectos de sua sociedade, inclusive no âmbito das relações individuais, ganhou espaço um Estado intervencionista e regulamentador, o qual passou a ditar as normas.

O direito civil, neste contexto, também se viu frente a intensas transformações, não podendo mais seguir somente o que o direito individualista anteriormente preconizava, isto é, passou a ser completamente tocado pela visão tendenciosa ao solidarismo e à cooperação, em sede contratual principalmente.

Os códigos civis deixaram de ser compreendidos como parte central no sistema, ou seja, como verdadeiras constituições que acarretavam uma redução no espaço reservado à propriedade e aos contratos, institutos centrais do liberalismo. Ademais, a antiga idéia de proteção ao individualismo, construção que fundamentava a autonomia individual em sentido absoluto, foi substituída pela noção de integração do homem na sociedade. Portanto, deixou-se de lado a figura do indivíduo singular, enquadrando-o numa realidade de associação.

Pode-se afirmar, também, que o direito civil evoluiu em razão de inúmeras correntes de pensamento, as quais, tinham como tendência o seguimento de uma justiça social em maior proporção, decorrente, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado, surgido naquela época revolucionista, com a industrialização.

Conseqüentemente, há de ser abandonada a separação tradicional entre direito público e direito privado realizada pela doutrina tradicional, tendo em vista a nova realidade econômico-social apresentada atualmente. O que se compreendia em tempos anteriores não

mais traduz as necessidades vivenciadas hodiernamente, nem mesmo corresponde à lógica do sistema. Daí a relevância de sua reavaliação.

Nos dias atuais, podem ser identificados diversos pontos em comum entre o público e o privado, sem que se possa precisar uma delimitação entre ambos, o que faz com que haja uma confusão entre o interesse público e o interesse privado. Esta situação é manifestada em todas as áreas de nosso ordenamento jurídico, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.

Diante disso, em contrapartida ao pensamento exposto em tempos anteriores, na época clássica, o Direito Público e o Direito Privado não se apresentam de forma oposta dentro do Direito. Isto porque, frente à complexidade cada vez maior das instituições e relações jurídicas atuais, vê-se como latente a necessidade em se repensar a distinção entre público e privado. É necessário que se tenha como base fundamental para esta diferenciação a existência do ordenamento jurídico como um todo, como um sistema organizado hierarquicamente, tendo em seu vértice máximo a Constituição Federal, cujo alcance conduz à necessidade de abandonar a separação do direito público e privado, posto pela doutrina tradicional.

Neste sentido, sustenta Maria Celina Bodin de Moraes que:

O direito privado e o direito público passaram por diversas transformações em seus significados originários: o direito privado deixou de ser visto no âmbito da vontade individual e o público não mais se inspira na subordinação do cidadão. Afirma, ainda, a ilustre professora que a divisão do direito não pode mais fixada nos conceitos tradicionais, não podendo também transparecer realidades opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade; o que verdadeiramente há é uma diferenciação quantitativa, isto é, existem institutos onde prevalece o interesse dos indivíduos, estando presente o interesse da coletividade e institutos em que há prevalência, em termos quantitativos, do interesse da sociedade, embora

este esteja sempre funcionalizado à realização dos interesses individuais e existenciais do cidadão.¹⁵

Disserta, também, neste aspecto, Gustavo Tepedino afirmando que:

Tal diferenciação entre público e privado é um preconceito que deve ser abandonado. Ademais, sugere que a interpretação do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre cidadão e o Estado.¹⁶

Com isso, vislumbra-se facilmente que o respeito e o direcionamento à Constituição não requerem somente a observância de seus preceitos para fins de construção da norma infraconstitucional, mas sim a imposição de que seu conteúdo reflita os valores expostos na própria Carta Magna. Soma-se ao exposto o fato de que, mesmo que o legislador ordinário não obedeça às premissas editadas pela Lei Maior, o juiz e o intérprete no caso concreto deverão proceder a tal adequação para que sejam seguidos suas normas e princípios.

A atividade do juiz e do intérprete não pode, como já mencionado, ser guiada por sua simples e livre orientação subjetiva, mas antes de qualquer avaliação, devem cumprir a tarefa de respeitar e efetivamente realizar a legalidade constitucional. Esta modificação no entendimento e atitude destes atores do direito é de extrema importância, vez que se tem como basilares à interpretação dos conflitos de interesses os valores existenciais do ser humano. Ou seja, ao invés de se tomar como ponto de partida à análise dos casos concretos à lógica produtivista, empresarial, direcionada ao interesse pessoal de cada cidadão, tem-se uma visão constitucional dentro do direito civil.

Tendo-se a Constituição Federal como o vértice máximo e confirmador de toda e qualquer criação, interpretação e aplicação da legislação civil, necessário se faz o entendimento de que deve o jurista interpretar o código segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência.

A leitura do Código Civil à luz da Constituição Federal implica no distanciamento do individualismo e da patrimonialidade do direito contratual, mas não no sentido de "revogar"

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Em a década de constituição – 1988/1998**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Código Civil**. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

tal posição, mas sim em recondiçioná-la aos direitos e garantias constitucionais que primam pela proteção à pessoa humana e à coletividade.

Judith Martins da Costa reconhece a necessidade de se proceder à interpretação do Novo Código à luz da Constituição Federal de 1988, ao constatar que o projeto de Código configura uma estrutura com condições de receber os valores constitucionais e trazer para o seu interior essas matérias que fundamentam o Direito Civil e sobre as quais a Constituição tem tratado ¹⁷.

Frente ao exposto anteriormente, percebe-se que o Direito Civil, da maneira como se apresenta atualmente, é um direito renovado, o qual tem por base o fenômeno chamado "constitucionalização", que implica, por sua vez, no reconhecimento da incidência de valores, princípios e normas constitucionais em seu interior.

Essa tendência não se apresenta apenas como um entendimento metodológico, mas sim como uma preocupação necessária e constante no que toca à construção de um ordenamento jurídico apto a dar uma resposta aos desafios e problemas da sociedade contemporânea. O direito contratual está dentro desta problemática que envolve a sociedade moderna, tendo em vista sua grande expansão e, além de importar em operações de cunho econômico, o que interessa e interfere na vida de toda pessoa, está voltado à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988).

Neste mesmo raciocínio, verifica-se que os contratos, juntamente com toda a legislação civil, também sofreram fortes modificações diante da evolução constitucionalista de nosso Diploma Civil.

O contrato, nascido quase que no mesmo momento em que a própria sociedade, encontrou-se presente em todas as relações intersubjetivas de maneira intensa. Como forma de proteção natural da vontade e do consenso, adentrou ainda mais em tais relacionamentos conforme foram ampliados os grupamentos de civilizações e mais volumosos se tornaram os negócios referentes à circulação de riquezas. Diante disso, adotou-se o ato de contratar como recurso constante e decisivo em todos os níveis da sociedade.

¹⁷ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

Hoje se pode dizer que nenhum cidadão consegue sobreviver no meio social sem praticar diariamente uma série de contratações.

No campo dos contratos, a manifestação do individualismo burguês de épocas anteriores é refletida através do voluntarismo, o qual apresenta como um de seus princípios fundamentais a liberdade contratual e a obrigatoriedade ou vinculatividade do contrato.

Este voluntarismo contratual teve, durante muito tempo, o *pacta sunt servanda* como princípio basilar de seus fundamentos. Este era elevado a suas conseqüências máximas, não obstante que, em alguns casos, houvesse um enorme descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre as partes contratantes.

Neste contexto, tinha-se como princípio fundamental o da igualdade, mas não uma igualdade baseada em todos os critérios que a envolvem e, sim, em uma igualdade apenas perante a lei. Este fato se configurava como indispensável para a construção de um mercado em busca da livre contratação, despido de subordinações e limitações de disposição. Enfim, deparávamo-nos com a técnica do sujeito de direito único: era-se proprietário, pai de família, contratante e etc., sem quaisquer outros atributos que pudessem interferir no ato de contratar.

O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se um legítimo e adequado mecanismo para que a classe em ascensão (burguesia) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema.

Importa destacar que a concepção moderna de justiça contratual encontrava seu ápice no livre exercício da vontade individual, única fonte legítima, conforme se viu, de produção de justiça.

Ocorre que a utilização do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual) de forma desacertada, durante o liberalismo clássico, começa a entrar em um período de autodestruição. O processo de despatrimonialização das relações contratuais, em razão da significativa massificação deste instituto jurídico, direcionada à necessidade de seu escoamento em larga escala, foi o responsável por este ocorrido.

Esse modelo liberal, diante de tal despatrimonialização, não conseguiu resistir ao crescimento exagerado da população, à migração do homem do campo para a cidade em

busca de melhores condições de vida, ao desenvolvimento econômico que a industrialização proporcionou, à crescente e progressiva concentração capitalista decorrente essencialmente da concorrência econômica e da luta pela competitividade, pela racionalização, por melhores condições de produção e distribuição.

Diante de todas essas causas, vislumbrou-se a necessidade de simplificar e facilitar, por conseguinte, as formas de contratação do dia-a-dia das pessoas. A sociedade de massa nascida, no final do século XX, viu-se frente a uma apresentação cada vez maior de produtos e situações que propiciaram a vontade de contratar, multiplicou-se a imputação de efeitos negociais a várias condutas até então não conhecidas, independentemente da manifestação de vontade dos obrigados.

Como resultado de toda essa transformação, tem-se a massificação da sociedade, ou seja, a criação de cidades gigantescas; fábricas, com produção em série; crescimentos nos ramos das comunicações, rádio, televisão; relações de trabalho mais organizadas com o advento das Convenções Coletivas, enfim, modificações nas relações de consumo com contratos padronizados e de adesão, entre outras mudanças de imenso significado.

Com efeito, é de fácil percepção que princípio da autonomia da vontade se faz presumir que entre as partes no contrato haja igualdade plena. Entretanto, não é o que, efetivamente, ocorre. A igualdade existente nos contratos de adesão, aqueles de massa, vigentes em nossa atual realidade social, consiste em fundamento puramente teórico, pois sempre o contratante mais forte economicamente retirará vantagens do negócio, já que é ele quem dita as regras do ajuste. Por outro lado, o contratante mais enfraquecido, por não poder fugir da necessidade de contratar, na maioria das vezes, é quem obedece às normas ditadas pela outra parte.

Como consequência, verifica-se que os contratos, antes estipulados com cláusulas ditadas apenas pelas partes contratantes, hoje são modelados, eis que se encontram em grande quantidade. O aumento dos contratos de locação e de compra e venda a prazo são exemplos desta crescente demanda social.

A padronização vivenciada pelo terreno contratual, com o surgimento dos contratos de massa, foi uma alternativa razoável se pensarmos na época em que esta se deu, isto é, no momento em que a sociedade se encontrava em um período representado pelas figuras do fabricante-empregador e do empregado-consumidor. Porém, a elaboração deste tipo de

contrato também deu margem a vários abusos, inclusive pelo fato de que vigorava o princípio da igualdade das partes, apesar da completa disparidade com a realidade.

Desta maneira, como disciplina que acompanha o processo de transformação social ante os acontecimentos sucessivos nesta realidade, vem o direito. Resta claro, então, que o contrato se transforma para se adequar às novas exigências sociais passando de espaço protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas eqüitativas.

Com isso, percebe-se que foram diversas as formas de transformação em razão do Estado Social. Neste novo sentido que se tem de “Estado”, a preocupação que se despende no âmbito dos contratos passou a ser mais com o coletivo, com o interesse da sociedade como um todo, como um verdadeiro conjunto de pessoas que se relacionam entre si, o que deixou de lado a concepção de contrato como instrumento de realização meramente individual.

Assim, o mundo das relações contratuais passou a ter, então, uma função social, num fenômeno ocorrido de maneira semelhante com o da propriedade. O princípio da função social dos contratos coloca como centro da relação contratual a noção de equidade, boa-fé, segurança jurídica, enfim, justiça, o que caracterizou a chamada socialização da teoria contratual.

Sendo assim, ocorre, então, uma imensa alteração no eixo de interpretação contratual, posto que agora este instituto passa a ser visto como um instrumento de convívio social e preservação dos interesses da coletividade e, não mais, como resultado da intenção das partes contratantes em busca da satisfação única de seus próprios interesses. Neste novo ângulo em que se encaixam os contratos contemporâneos, os particulares não podem mais se autodeterminarem, pois é o Estado quem, através da lei, aceita ou não os ditames da organização privada.

Frente a todas essas transformações expostas, iniciou-se uma discussão acerca da necessidade em se criar um direito de cunho mais social, com normas que efetivamente atingissem a parte mais fraca da negociação. Para tanto, como já foi visto, foi preciso que uma força superior a de todos os indivíduos agisse para que a parte economicamente inferior fosse protegida, essa força é o Estado.

As atenções voltadas ao coletivo atribuíram menor relevância aos contratos vistos como um mero instrumento de realização individual. É neste aspecto que se pode afirmar que o contrato passou a exercer uma função realmente social.

Desta forma, o que o princípio da função social dos contratos estabelece é que o ato de contratar não pode somente visar os interesses de um cidadão em particular, ou seja, não pode ser transformado em um instrumento de atividades abusivas, o que pode vir a causar dano à parte contrária da relação ou a terceiros. É o que preconiza o artigo 187 do Código Civil quando expõe que também comete ato ilícito quem, como titular de um direito, ao exercê-lo, excede de forma clara os limites impostos por sua finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para Teresa Negreiros:

O princípio da função social dos contratos se respalda constitucionalmente no princípio da solidariedade, ao exigir que as partes contratantes e terceiros cooperem entre si, respeitando situações jurídicas já anteriormente constituídas, embora ainda pendentes de eficácia real, porém desde que sejam conhecidas pelas pessoas envolvidas.¹⁸

Não há razões para se sustentar que o contrato apenas sirva para atingir ao interesse das partes que dele participam, pois este, por si só, já exerce uma função social quando obriga as partes a fornecerem um poder negocial. Este consiste em uma fonte do direito, assim como a lei, a jurisprudência, entre outras.

Sendo o ato de contratar um valor da livre iniciativa, preconizado pelo artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, é natural que se atribua a ele uma função social para que seja concluído tanto em benefício dos contratantes quanto em prol do interesse público. Por este motivo, dá-se ao juiz o poder de ultrapassar a mera apreciação do alegado pelas partes e verificar se não está sendo prejudicado algum valor socialmente preservado quando se extrapola ilicitamente ao normal objetivo dos conflitos jurídicos¹⁹.

¹⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípio do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 750, abril, 1998.

Resta claro que, ao se atribuir função social aos contratos não se tem a intenção de impedir que as partes capazes livremente contratem. O que é exigido é que tal acordo de vontades não se verifique em detrimento do interesse da coletividade.

É por isso que, na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador deve promover a socialização dos contratos, combinando o individual com o coletivo de forma complementar, segundo regras e cláusulas abertas que ensejem soluções equitativas e concretas.

Isto posto, esquecer-se do valor social do contrato implicaria no esquecimento do papel da boa-fé na origem e execução dos negócios jurídicos, impedindo que o juiz, ao analisá-los, indague se neles não houve o propósito de contornar ou fraudar a aplicação de obrigações previstas na Constituição e na Lei Civil.

É seguindo este raciocínio que se aplica hoje, de forma inovadora, a teoria do adimplemento substancial, a qual, sendo uma especialização funcional do princípio da boa-fé, prevê o desequilíbrio econômico e eventual acontecimento que obrigue uma das partes contratantes a inadimplir parte da obrigação contratual. Nestes casos, então, o juiz analisará a realidade social vivenciada pela parte para que possa, ao invés de resolver o contrato, reajustá-lo diante dos fatos novos que lhe são apresentados.

Esta é uma forma de se adequar o contrato às novas realidades sociais que se demonstram a cada dia e preservar o contrato a fim de que este se conclua com êxito e da melhor maneira possível para ambas as partes contratantes.

É a essa luz, da aplicação dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos, que deve ser interpretado o valor social do contrato, o qual não colide com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia.

4. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial teve seus primeiros traços no direito, na modalidade do *common law*, na Inglaterra. Diante dos casos apresentados aos operadores ingleses do direito, viu-se a necessidade em se relativizar a atividade do exato e estrito cumprimento do contrato, como até então se delineava.

Na busca por uma justiça mais efetiva e frente a decisões demasiadamente injustas, os tribunais ingleses, no século XVIII, passaram a deixar de lado a aplicação da regra em seu máximo formalismo jurídico, flexibilizando o apego excessivo ao dogma de absolutização de direitos a fim de que se atingisse à justiça de forma plena, observando-se tudo o que envolve o contrato firmado.

Nesse sentido, pelo sistema inglês foi criado o entendimento de que somente pelo inadimplemento de pequena parte da prestação estipulada (*warrantys*) não se poderia resolver o contrato. Para que tal direito viesse a abraçar o negócio, seria necessário que um dever que afetasse diretamente a economia do contrato fosse violado (*conditions*).

Assim, esta doutrina no ordenamento jurídico inglês nasceu, principalmente, da análise da efetividade do descumprimento para o alcance dos objetivos contratuais, da satisfação do credor com a grande parte da obrigação cumprida e do esforço feito pelo devedor à realização do adimplemento do pactuado.

Diante disso, percebe-se que o direito da Inglaterra veda a aplicação da resolução contratual quando o adimplemento, mesmo que inexato, satisfizer os interesses do contratante.

A teoria do adimplemento substancial consiste em uma limitação ao exercício do direito potestativo de resolver o contrato. Através dela, a parte que fora lesada na relação contratual, pelo inadimplemento, não poderá pleitear a resolução do contrato quando o adimplemento tiver ocorrido de forma substancial, ou, contrariamente, quando o inadimplemento for de escassa importância.

Portanto, ocorre o adimplemento substancial quando a prestação for cumprida de maneira essencial e, assim, atingidos os interesses pretendidos pelo credor. Nestes casos, o instituto resolutório é afastado, tendo em vista a satisfação do credor e os injustos efeitos produzidos pela resolução contratual.

Anelise Becker, analisando o assunto, expõe que o adimplemento substancial se caracteriza quando se tem um cumprimento tão próximo do resultado esperado, considerando a conduta das partes, que há o impedimento do direito à resolução, sendo autorizado somente a complementação cumulada às perdas e danos²⁰.

Esta doutrina é encontrada em diversos ordenamentos jurídicos. Na Espanha, por exemplo, somente é aceita a resolução nos casos em que o descumprimento for efetivamente substancial e é por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, fundadas no princípio da boa-fé, que este direito admite a aplicação desta teoria.

²⁰ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 9, nov. de 1993.

Na Itália, o raciocínio seguido é o mesmo, não sendo cabível a resolução dos contratos nas hipóteses em que o inadimplemento não for de escassa relevância. Neste país esta teoria é conhecida como “*inadempimento de scarsa importanza*”. Neste mesmo sentido segue o direito português ao prever que somente se resolve um contrato se o interesse do credor for atingido em grande escala pelo parcial descumprimento do devedor.

No ordenamento francês, entende-se que, em caso de inexecução parcial ou de pouca gravidade e, proporcionando-se ao credor o benefício essencial do contrato, é rejeitada a hipótese de resolução, cabendo somente o pedido de indenização.

No direito argentino também só há a possibilidade de se resolver o negócio quando o seu descumprimento impedir que se alcance o fim almejado pelo ordenamento jurídico e proposto pelos interessados que o utilizaram. Também recorre este ordenamento a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, assim como ocorre na Espanha, para fins de aplicação desta teoria.

Na Alemanha não se permite ao credor resolver o contrato quando faltar apenas uma pequena parcela em relação ao todo, tendo, ainda, sem o cumprimento total da obrigação, satisfeitos seus interesses.

Como meio ilustrativo, destaca-se também a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980), a qual não fora assinada pelo Brasil, mas que prevê que a parte, seja ela comprador ou devedor, poderá resolver o contrato quando a violação cometida for fundamental. Daí, conclui-se que deve ser fundamental a violação para que haja possibilidade de resolução do negócio, ou seja, se ocorrer uma violação que não seja substancial, a parte lesada não poderá buscar o desfazimento do vínculo.

Dentro do mesmo seguimento de ilustração, colocam-se os princípios dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT e do Direito Europeu dos Contratos de 1993, os quais seguem a linha de pensamento que defende que o descumprimento deve ser essencial para se pleitear a resolução do contrato. Em sendo assim, servem de base para as construções acerca da teoria do adimplemento substancial no âmbito da legislação pátria.

Vislumbra-se, com o exposto, que, nos ordenamentos citados acima, a base da aplicação da teoria do adimplemento substancial se encontra no inadimplemento de pouca

importância aos interesses do credor. Ademais, ocorrendo o cumprimento da prestação acordada em grande proporção, tem-se uma limitação ao exercício do direito de crédito pelo mesmo, corroborando-se à idéia de que este não poderá exercê-lo de qualquer forma, nem, ainda, de maneira abusiva.

Pode-se afirmar que tal teoria, versada no direito comparado, originariamente no *common law*, vem ingressando em nosso ordenamento jurídico, buscando fundamento no princípio da boa-fé ao limitar o direito de resolução do contrato.

O artigo 475 do Código Civil estabelece que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Daí verifica-se que este diploma prevê a resolução do contrato em caso de inadimplemento, entretanto, não cita o modo de descumprimento para o cabimento de tal direito.

O parágrafo único do artigo 395 deste mesmo código menciona o caso de inutilidade da prestação paga pelo devedor levando ao credor à possibilidade de resolver a relação contratual com direito a indenização e perdas e danos.

Diante disso, pode-se observar que nosso ordenamento jurídico autoriza a doutrina do adimplemento substancial, eis que, para se caracterizar o direito potestativo de resolução, deve-se verificar se o inadimplemento atingiu substancialmente a obrigação. Se a prestação tiver utilidade para o credor, mesmo não tendo sido cumprida por completo, poderá revelar um ato abusivo, em caso de resolução, pelo credor, já que contraria o princípio da boa-fé e, por conseguinte, o da função social dos contratos.

Desta forma, em havendo um cumprimento substancial do objeto acordado no contrato, entende-se que não há a necessidade deste ser adimplido da maneira exata como fora estipulado pelas partes. Isto porque, durante a evolução do contrato e do próprio meio social mutável em que vivemos, percebe-se que não será rara uma eventual modificação no estabelecido contratualmente.

Para o professor Francisco Amaral:

O direito potestativo é o poder atribuído ao sujeito que o torna capaz de influir na esfera jurídica de outrem, criando, extinguindo ou modificando uma situação jurídica criada. Este fato ocorre sem que a este último seja

autorizado fazer qualquer coisa, para além de sujeitar-se à vontade daquele que é titular do direito em questão.²¹

O direito de resolução, o qual consiste em um direito potestativo, também chamado direito discricionário ou poder formativo, representa uma situação subjetiva, ou seja, o titular do exercício do direito possui um “benefício” na relação contratual, qual seja, a possibilidade de, unilateralmente, constituir, modificar ou extinguir um fato subjetivo, embora isto possa implicar em uma interferência na esfera jurídica do outro sujeito envolvido na negociação, impossibilitando-o de evitar juridicamente o exercício, pelo primeiro, deste poder formativo.

É de fácil percepção que a base ético-jurídica e o objetivo econômico-social a serem atingidos com o recíproco adimplemento da obrigação em um negócio bilateral podem restar desestabilizados frente a uma situação de inadimplemento. Como reflete o artigo 475 citado anteriormente, o credor, detentor do direito do crédito violado, possui o direito potestativo de desvincular-se do contrato pelo inadimplemento ou exigir o cumprimento da prestação acordada, sem que o devedor possa se opor a este fato. Este último deve se sujeitar às consequências jurídicas oriundas da via eleita pelo credor, não podendo nada fazer contra seu ato.

A resolução pode ser compreendida como um direito potestativo, como já mencionado, vez que se trata de uma faculdade atribuída ao credor no momento em que esteja diante de um inadimplemento. Porém, a questão discutida é a possibilidade de postulação deste instituto sempre que estiverem presentes os requisitos insculpidos no artigo 475 da Lei Civil. Não haveria limites sociais impostos pelo sistema relacionados à coletividade que interferissem nesse comportamento do credor, além dos apontados no referido artigo?

A resposta é sim. Há, efetivamente, limitações sociais e jurídicas. A estabilidade das relações contratuais e a incidência nestas de princípios constitucionais, como a boa-fé, a preservação contratual e a função social dos contratos, são exemplos desta interpretação limitada.

Araken de Assis, nesta linha de raciocínio, sustenta que:

O direito potestativo que busca o retorno ao status quo deve ser compreendido como sendo um direito formativo extintivo e, pelo fato de dissolver o negócio, constitui uma exceção notória ao princípio da

²¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil**. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

estabilidade do contrato em função de situação posterior ao seu aperfeiçoamento.²²

Desta forma, compreendido como uma exceção ao princípio da manutenção dos efeitos dos contratos, pode-se afirmar que este direito à resolução não deve ser exercido de maneira absoluta, devendo ser observadas as questões, externas e internas, que envolveram o não cumprimento da prestação pactuada.

A necessidade de manutenção do negócio jurídico acordado se fundamenta na busca por uma consolidação de um sistema jurídico mais justo e coerente, o qual possa conceder às partes contratantes segurança no ato de contratar. Outrossim, tendo em vista que o contrato é o instrumento principal de circulação de mercadorias e ao consumo de bens, tem-se, também, uma busca pela estabilidade econômica com a manutenção deste instituto, eis que seu desfazimento baseado apenas no adimplemento, sem uma análise aprofundada dos motivos deste, seria promover eventuais injustiças e conseqüente desequilíbrio econômico, tanto entre as partes envolvidas, quanto a terceiros, relacionados àqueles.

Portanto, neste contexto, percebe-se que o instituto da resolução é exceção à regra e os contratos existentes e válidos devem prosseguir mantidos, mesmo que em alguns casos seja necessária sua revisão na busca de um equilíbrio nesta relação. Não será, assim, qualquer situação de descumprimento da obrigação acertada que poderá levar a um fundamento relevante capaz de resolver o negócio. Casos como uma onerosidade excessiva ou um ajuste de cláusulas abusivas, por exemplo, poderão, facilmente, ser reanalisados pelo juiz, juntamente com algumas hipóteses de inadimplemento, para que, ao final de um eventual conflito, seja possível a manutenção do contrato.

Para Teresa Negreiros, acordando-se à teoria do adimplemento substancial:

Ainda que o negócio firmado pelas partes preveja expressamente a possibilidade de resolução, o fato de a prestação ter sido cumprida substancialmente inibe o exercício desta pretensão, pelo credor, posto que a pequena amplitude do incumprimento ocorrido no plano fático não é hábil para abalar o equilíbrio econômico do contrato.²³

²² ASSIS, Araken. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: RT, 2004.

²³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Nesse sentido, surge a indagação acerca das possibilidades de se pleitear uma resolução contratual pelo descumprimento de uma obrigação estabelecida no contrato firmado, ou de se manter o negócio, avaliando-se as circunstâncias que envolveram tal inadimplemento, baseando-se no princípio da boa-fé e da função social dos contratos.

A solução para tal problemática virá caso a caso. É de acordo com fatos que cercam os casos concretos que se terá um direcionamento sobre como atuar, sobre qual o melhor caminho a ser seguido. Uma avaliação casuística das situações ocorridas no plano concreto, tendo como pontos norteadores os princípios mencionados acima, promoverá, possivelmente, um caminhar ao encontro da justiça social.

Assim, a teoria do adimplemento substancial estabelece as hipóteses em que é lícito o exercício ao direito potestativo de resolução do contrato no momento em que limita que a parte lesada, pelo inadimplemento, possa, sem qualquer outra análise mais profunda, fazê-lo.

Assim, no entendimento desta doutrina, é necessário que se satisfaça os interesses do credor, como em qualquer relação jurídica que o envolve. No entanto, relevante também é que sejam considerados os interesses do devedor para se verificar se a negociação atingiu efetivamente seu escopo.

Destaca-se a lição de Judith Martins Costa:

A qual entende que para quem tenha sido desempenhada parte essencial da obrigação estabelecida e substancialmente satisfeito o interesse do credor, postulando este a resolução do contrato não exerce interesse digno de tutela, cabendo somente o direito de receber a parte não cumprida nos moldes firmados.²⁴

Como meio ilustrativo relevante é a diferenciação entre adimplemento substancial e adimplemento fundamental. Esta repousa sobre o fato de que, no primeiro, a obrigação foi substancialmente cumprida, ou seja, foram satisfeitos os interesses tanto do credor como do devedor, não cabendo a resolução sob pena de desobediência ao princípio da boa-fé. E, na segunda, cabe o direito à resolução do negócio, pois a parte essencial da obrigação não foi adimplida, não sendo atingidos os interesses do credor. Para ambos os casos, admite-se a indenização por perdas e danos a fim de que se mantenha o equilíbrio do contrato ao

²⁴ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

compensarem-se as diferenças ou prejuízos advindos do cumprimento imperfeito da prestação.

Desta forma, para que possa ser considerada a teoria ora estudada é necessária a integração de três elementos: (1) que a prestação tenha atingido um cumprimento substancial, isto é, que se aproxime do acordado na negociação primária, (2) que o que fora cumprido imperfeitamente satisfaça os interesses do credor e (3) que o devedor demonstre ter se empenhado da melhor maneira a fim de cumprir com o estabelecido contratualmente.

Portanto, para que se possa analisar as situações em que ocorra descumprimento parcial da obrigação em um contrato, é imperioso que se adequem a esta os elementos citados anteriormente. Isto porque, como já dito em linhas anteriores, pode haver o pedido de resolução contratual pelo titular do crédito violado e, para que seja aceito, serão avaliadas as circunstâncias que envolveram o ato de descumprimento parcial do firmado e não apenas a sua vontade.

A verdadeira finalidade da doutrina do adimplemento substancial é a manutenção do contrato e a análise das intenções do devedor no cumprimento das obrigações oriundas daquele para que se preservem os princípios da função social dos contratos e da boa-fé, respectivamente.

Segundo Anelise Becker:

No entendimento da doutrina norte-americana o que importa é a conduta do devedor. Para eles devem ser protegidos e auxiliados os interesses daqueles que agiram com lealdade e honestidade durante a relação contratual, esforçando-se para executar o objeto do contrato em todos os seus aspectos, substancial e material, de modo que o seu direito à compensação não possa ser perdido por meros defeitos ou omissões técnicas, inadvertidas ou não relevantes.²⁵

É claro que não se pode olvidar os interesses do credor. Este deve ser atingido, sob pena de que, embora cumprida de forma substancial a obrigação, possa se pleitear a resolução do contrato. Desta maneira, deve-se avaliar se foram satisfeitos os objetivos do titular do direito de crédito, pois somente assim terão sido atingidos os fins desejados pelo negócio.

²⁵ Idem 20.

O objeto de estudo deve ser visto como um novo método de aplicação do direito, diferente daquele que somente seguia um raciocínio lógico. Como bem determinam os novos princípios constitucionais, adotados pela Legislação Civil, tem-se hoje um comportamento mais profundo e relativo diante das situações jurídicas que se formam a cada dia e, também, daquelas já conhecidas, as quais se apresentam aos operadores do direito a todo instante.

Por isso, a avaliação de tais situações deve ser realizada caso a caso, verificando-se a extensão do cumprimento e a medida atingida à satisfação do credor, além do esforço do devedor no adimplemento da obrigação estabelecida.

No âmbito do interesse do devedor em cumprir o acordado na negociação contratual, deve-se enquadrar o princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista que se o mesmo age com boa-fé durante todo o cumprimento da obrigação, necessária se faz a concessão de um crédito a ele, não o enquadrando nas situações de cabimento da resolução.

Para tanto, o juiz avaliará sua atitude no decorrer de toda a relação contratual com a finalidade de preservar o contrato (princípio da manutenção dos contratos e função social dos contratos) e conceder às partes uma segunda possibilidade para que atinjam seus interesses.

A boa-fé objetiva se manifesta na teoria do adimplemento substancial no momento em que a obrigação acordada não deve necessariamente ser cumprida da maneira como fora estipulada, mas sim que a parte cumprida seja suficiente para abraçar os interesses do credor. São aceitas divergências em relação ao *quantum* adimplido, desde que satisfeito o objetivo do titular do crédito.

É por este motivo que o dever de diligência de ambas as partes é muito importante numa relação contratual. Estabelecer-se a verdadeira intenção de cada membro contratante é imprescindível para a análise do cabimento da resolução ou não do negócio. Se agem com boa-fé, as partes ou qualquer delas merece atenção especial e uma segunda chance para a conclusão do contrato e alcance de seus interesses.

De fato, como outrora exposto, o princípio da boa-fé objetiva, além de ser uma base hermenêutica-integrativa no campo contratual, é fonte também de deveres anexos, ou seja, de deveres que se encontram em torno do comportamento principal que envolve a conduta analisada. Atos que interferem diretamente na relação contratual devem ser observados

durante toda esta relação jurídica, de modo que comportamentos abusivos sejam inadmissíveis, o que impede a prática de atos que retirem o equilíbrio e a harmonia contratual.

Tal observância deve ocorrer em todas as fases contratuais, tanto no momento de sua formação, quanto no seu desenrolar e em sua finalização. Não se pode esquecer que o período pós-contrato também compõe a relação contratual, eis que muitos dos efeitos deste negócio podem se prorrogar no tempo.

Facilmente se vislumbra, então, que há grande interferência de elementos externos na intimidade de uma relação contratual, elementos estes que limitam os efeitos da vontade manifestada pelas partes no momento da formação do negócio e os deveres dele derivados. Esses elementos são os deveres anexos, já citados, os quais delimitam a autonomia privada que perdeu, com isso, a magnitude que possuía no passado.

Como não há previsão expressa da teoria do adimplemento substancial em nosso ordenamento jurídico, é perceptível que advém, principalmente, do princípio da boa-fé objetiva o fundamento para tal doutrina. É baseado no que preconiza a boa-fé que se pode chegar a um entendimento extensivo das normas relativas aos contratos.

Aplicando-se este princípio ao artigo 475 e ao parágrafo único do 395, conclui-se, de forma extensiva, pelo cabimento da teoria estudada, eis que não há, nos mesmos, previsão de modalidade de inadimplemento que caracterize o pedido de resolução ou, até mesmo, disposição acerca de um adimplemento parcial que seja útil ao credor.

Portanto, adequou-se o princípio à teoria com a finalidade de se preservar o contrato e os interesses do devedor quando houver fatos externos ao negócio que interfiram no cumprimento da prestação, sem responsabilidade de quem a deva.

Nesses termos, é feita uma avaliação, pelo juiz, de todas as circunstâncias que se relacionam ao contrato para que, ao final, possa, de forma justa tanto às partes quanto à sociedade, decidir pela revisão ou resolução contratual. Optando pela revisão, as irregularidades ou omissões são sanadas a fim de que o devedor cumpra a obrigação; elegendo a resolução, encerra-se o contrato, podendo o credor pleitear eventuais prejuízos.

É desta forma que o princípio da boa-fé age direcionando o caminho que deve percorrer uma relação contratual quando se depara com uma situação de inadimplemento parcial. A atitude do devedor é analisada e os fatores externos que a deram causa também o

são, tudo com base neste princípio constitucional, sempre objetivando alcançar os interesses das partes e da coletividade.

Outro princípio fundamental ao estudo da teoria do adimplemento substancial é a função social dos contratos. Como explanado até o momento, o direito potestativo de resolver o negócio jurídico é exceção à regra da estabilidade dos contratos e apenas poderá ser exercida quando for ato socialmente útil.

O que interessa, então, é a importância do inadimplemento para que não seja desconsiderado o relevo social dos negócios jurídicos.

O contrato é o meio mais eficaz de circulação de riquezas, é meio hábil à promoção de trocas econômicas justas que a sociedade desenvolve e, por isso, um inadimplemento escasso não poderia ser considerado suficiente para resolver o negócio, desequilibrando a estabilidade que deve ter qualquer relação obrigacional. A segurança jurídica que é imprescindível ao ato de contratar deve ser preservada e, por conseguinte, atos que levem ao seu desequilíbrio são repudiados, especialmente porque o credor poderá pleitear o percentual não cumprido com juros e eventuais perdas e danos.

A resolução baseada no incumprimento não pode ser invocada a todo o momento de modo a desrespeitar o contrato. Casos de autorizações de resolução em situações em que ocorreu o pagamento substancial são um paradoxo, hoje, inaceitável, tendo em vista que, com a constitucionalização do direito civil no Brasil, deve-se interpretar o contrato como um todo, além de seu aspecto funcional para que sejam legitimados somente os atos que atenderem a uma função social.

Vê-se, hodiernamente, as partes de uma relação contratual como parceiras e, não mais, como adversárias. O dever de cooperação esperado pelo princípio da boa-fé também se fundamenta na função social dos contratos no momento em que a lealdade, de onde advém o companheirismo contratual (cooperação), é elemento fundamental para que a sociedade se desenvolva pacificamente.

Os deveres anexos, regras de cooperação e colaboração, também se fundamentam na função social dos contratos. São, muitas vezes, impostos a ambas as partes, mesmo que não estejam previstos expressamente no contrato, e têm a mesma finalidade: manter um convívio pacífico e harmônico entre os membros da sociedade.

Advindos da boa-fé objetiva, tais deveres laterais de conduta merecem destaque mais uma vez, pois objetivam o alcance cada vez maior da ordem pública, isto é, da convivência social mais pacífica possível.

A função social, assim, nos dizeres de Flávio Tartuce:

Consiste na diretriz da ordem pública, a qual impõe que os contratos e todas as relações jurídicas que deles decorram devam ser, necessariamente, analisados e interpretados de acordo com o contexto da realidade social em que se vive, de forma a isentar as partes de assumir ônus excessivos durante a relação obrigacional, reequilibrando a mesma quando necessário.²⁶

Não se pode negar a relevância deste princípio no campo do adimplemento substancial, eis que uma parte não pode se obrigar a um prejuízo de grande importância, mesmo que se sujeite a regras rígidas de cunho patrimonial. A nova tendência social revela uma outra hipótese: a solidariedade social.

A rigidez com que atuava a autonomia privada perde lugar para que o interesse social seja reconhecido. Para isso, a interpretação extensiva dada às relações contratuais, baseada na boa-fé, é de extrema importância. A análise dos fatos que envolveram o inadimplemento parcial juntamente com a da verdadeira intenção das partes faz com que o operador do direito chegue a uma solução mais justa, respeitando todos os lados contratantes. Este fato tem como consequência uma repercussão social, posto que um cidadão que age da forma correta frente a seus compromissos contratuais e tem seus direitos reconhecidos será sempre um indivíduo mais feliz.

Todos as pessoas têm direito a um tratamento justo e igualitário e o princípio da boa-fé visa, analisando profundamente a conduta das partes e as circunstâncias que circundam uma relação jurídica, atingir a função social almejada pela Constituição Brasileira, qual seja, a convivência pacífica e feliz entre os indivíduos que compõem esta sociedade. Nas relações contratuais não ocorre de maneira diferenciada. Ao contrário, por ser fonte de circulação de bens criado pela própria sociedade, o contrato deve observar sua função social, tendo para isso que relativizar e estender a interpretação das normas jurídicas diante das novas situações apresentadas ao direito.

²⁶ TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao novo código civil. São Paulo: Método, 2005.

Em verdade, a função social no direito civil surge para limitar os institutos de cunho individualista, atendendo aos reclames sociais a fim de reequilibrar as relações jurídicas e promover uma verdadeira justiça distributiva e igualitária.

Assim, a cada dia aumenta o número de direitos condicionados por uma respectiva função, são aqueles direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas sim no interesse de outrem ou da coletividade. É por isso que o princípio da função social dos contratos deve ser observado, assim como o da boa-fé objetiva, em todas as fases contratuais, pois, como já mencionado, durante a relação obrigacional podem surgir direitos e/ou deveres e, após o contrato, o mesmo poderá ocorrer.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se a necessidade de se respeitar a função social dos negócios jurídicos, vez que esta dita que os interesses da sociedade devem prevalecer em detrimento das pretensões individuais. Este fato deve ocorrer principalmente quando o direito em questão seja patrimonial e os prejuízos decorrentes do pretense direito sejam mais gravosos que sua limitação, situação esta recepcionada e fundamentada pela teoria do adimplemento substancial.

4.1 Aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de pagamento parcelado

Como já mencionado em outras oportunidades, o direito deve acompanhar a evolução da sociedade. A autonomia privada como poder atribuído aos particulares de regularem seus interesses, sendo livres para eleger se contratam ou não contratam, para apontarem seus parceiros contratuais e para fixar o conteúdo dos negócios, nunca foi ilimitada. O próprio ordenamento a limita de modo que não produzam efeitos aqueles contratos estabelecidos fora do que prevê a legislação respectiva.

Princípios como o da obrigatoriedade dos contratos, o qual obriga as partes contratantes a cumprir com as obrigações assumidas; o do consensualismo, através do qual se afirma que o contrato se forma tão somente pelo acordo de vontade das partes, sendo desnecessária qualquer outra formalidade para a sua existência e validade; o da relatividade

que estabelece que os efeitos produzidos na relação contratual atingem apenas as partes que compactuaram, entre outros, traduzem a maneira como o Estado Liberal tratava o contrato, isto é, como instrumento de tráfego econômico entre os sujeitos, no qual a vontade caminhava livremente.

Hoje, como visto, tem-se uma visão mais solidária do Direito das Obrigações, direcionada ao alcance de uma justiça mais social no campo dos contratos. Para isso, o Estado passa a interferir na economia do contrato a fim de limitar a autonomia privada, em razão de sua função social e com base na vinculação ético-social destes direitos ²⁷.

É nesse contexto que surgem os princípios constitucionais aplicados aos contratos, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e a manutenção do negócio com o seu conseqüente equilíbrio econômico mantido, principalmente.

O Estado, compreendendo que não possui a capacidade de reger todos os tipos de situações sociais vivenciadas, estabelece cláusulas gerais, como os princípios citados, com a finalidade de permitir, através de uma linguagem aberta, que o juiz avalie os casos concretos, valendo-se de dados e valores, inclusive metajurídicos, e adeque a norma aos mesmos. Desta forma, há uma complementação aos princípios anteriores e, até mesmo, uma mitigação de seus efeitos, fazendo com que se atinja uma justiça contratual mais social, o que deixa de lado os rigorismos jurídicos anteriormente experimentados.

Dentro deste fenômeno que hodiernamente vem ocorrendo, para compor esta visão solidária conferida ao mundo contratual, vem a teoria do adimplemento substancial.

O objeto deste estudo recai sobre os contratos que tem como característica o pagamento parcelado da obrigação pactuada. Isto porque, frente à realidade social vivenciada atualmente, como já exposto em outras oportunidades da pesquisa, viu-se necessária a facilitação das realizações contratuais, em razão da visão capitalista dominante no nosso dia-a-dia.

Após a segunda grande guerra e com o avanço da industrialização, houve um crescente aumento do número de trabalhadores remunerados, fato que encheu os olhos dos grandes

²⁷ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. **A boa-fé como parâmetro de abusividade no direito contratual**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.), problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

empresários, detentores de um privilégio econômico diferenciado, fazendo com que estes buscassem cada vez mais vender seus produtos.

Diante da possibilidade de compra de novos bens, aqueles que, agora, possuíam um poder aquisitivo maior e mais seguro (trabalhadores assalariados, protegidos pela legislação trabalhista), verificaram que poderiam adquirir bens, assim como os favorecidos economicamente o faziam.

Foi frente a essa realidade que os contratos tomaram um rumo diferenciado, ganharam força e se espalharam por todas as classes sociais. Os contratos de adesão, aqueles que são padronizados, com cláusulas pré-estabelecidas, surgiram como meio de flexibilizar e facilitar as contratações, o que levou a um crescimento ainda maior da formação de relações negociais.

Neste contexto social, os estabelecimentos comerciais iniciaram um processo de facilitação de vendas, qual seja, a oportunidade de seus clientes, adquirentes de produtos, realizarem o pagamento dos mesmos de maneira parcelada.

Este fato possibilitou que uma parcela menos favorecida economicamente da população fosse capaz de adquirir bens de maior valor, posto que tal compra, tendo seu pagamento parcelado, não afetaria de forma significativa sua renda mensal.

Desta maneira, os contratos de compra e venda de bens em estabelecimentos comerciais aumentaram de tal forma que, hoje, pode-se afirmar que em quase todas as lojas é possível o pagamento parcelado das mercadorias nelas vendidas.

Como toda transformação social, esta evolução no campo contratual também veio acompanhada de novas situações jurídicas. Com a facilitação dos contratos de compra e venda de bens, surgem os conflitos que a cercam, como, por exemplo, os inadimplementos parciais, objeto do estudo ora realizado.

O direito se apresenta, nestes momentos inovadores, criadores de novas percepções e demandas, como o meio de solução palpável destes conflitos nascentes.

Porém, resta claro que, diante de tais mutações, não ocorre tão rapidamente a adequação das normas jurídicas. É por esse motivo que o direito brasileiro recorreu, no caso da teoria do adimplemento substancial, foco desta pesquisa, a ordenamentos estrangeiros, ou seja, a fim de que chegasse a soluções justas o mais rapidamente possível. Afinal, modificar-se uma lei requer um tempo maior do que a resposta que a sociedade necessita e espera.

O conteúdo da doutrina do adimplemento substancial fora recepcionado por nosso ordenamento jurídico dentro das características e expectativas que envolvem a sociedade brasileira. Como menciona Eduardo Luiz Bussatta: *“A recepção pura e simples de qualquer instituto, sem a necessária adequação a sistema que o recebe, funciona como verdadeira agressão a esse sistema, na medida em que desconsidera seus princípios, contornos e fundamentos”*²⁸.

É nesse mesmo raciocínio que se deve compreender que qualquer tipo de recepção de um novo instituto causa rupturas, pois inova o sistema que o recepcionou. O que, efetivamente, deve ocorrer, é o acompanhamento de tal ruptura aos anseios de cultura jurídica do sistema que abraçou o novo instituto, motivo pelo qual o recepcionado deve ser amoldado àquele que o recepcionou.

Foi o que ocorrera com a teoria do adimplemento substancial. Diante da necessidade de sua aplicação, em razão da nova visão contratual construída no direito pátrio, este buscou a adaptação de uma solução jurídica, mencionada teoria, para fins de atender aos anseios sociais que se apresentavam, sempre a inserindo nos moldes de nossos princípios e fundamentos. A realidade jurídica acompanha a realidade econômica.

Após esta breve dissertação acerca da necessidade de adequação deste novo instituto jurídico à realidade social vivenciada, retorna-se ao discutido anteriormente, isto é, aos contratos com pagamento parcelado e suas implicações no direito brasileiro com a recepção da teoria do adimplemento substancial.

Destaca-se que as ofertas de pagamento fracionado se dão, especialmente, quando o cumprimento da prestação é em dinheiro. Assim, o artigo 314 do Diploma Civil Brasileiro, ao estabelecer que há a possibilidade de o credor receber o pagamento de forma parcial, se assim for acordado, deve ser interpretado nos moldes da boa-fé. Significa dizer que, mesmo que se considere abusiva a recusa do cumprimento parcial, deve-se reconhecer que em muitas situações práticas esse adimplemento parcial satisfaz os interesses do credor, posto que é realizado em dinheiro.

Foi frente a esse raciocínio que se iniciou a discussão sobre o fato de que, em casos de inadimplemento escasso que satisfizesse o almejado pelo credor, não haveria a necessidade de

²⁸ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

se desfazer o vínculo contratual (resolução contratual), já que isto acarretaria prejuízos muito mais gravosos, inclusive para a sociedade.

Nestes moldes, para os contratos apreciados, com fracionamento do cumprimento da obrigação, cabe perfeitamente a aplicação da doutrina do adimplemento substancial. Caso o devedor cumpra com a maior parte do estabelecido contratualmente, faltando, assim, escassa parcela a ser adimplida, não parece haver dúvidas de que na grande maioria dos casos é atingida a função econômico-social do negócio, o que não justificaria sua resolução. É certo que, objetivamente falando, o cumprimento das prestações em dinheiro interessam ao titular do crédito, eis que este é denominador comum em todas as transações comerciais. Nestes casos, no entendimento jurisprudencial atual, não será cabível nem mesmo a propositura de ação de busca e apreensão da coisa adquirida e adimplida parcialmente.

Por isso, quando o artigo 475 do Código Civil prevê que o credor *pode* pedir a resolução do contrato, percebe-se uma inovação muito importante. Ao estabelecer que o credor terá a faculdade de escolher se desfaz o negócio *ou* exige o cumprimento da obrigação faltante, reforça-se a idéia de que há dois caminhos a serem seguidos e não, necessariamente, de que se dissolva o contrato pela via resolutória, caso haja inadimplemento parcial.

Neste sentido, nasce a discussão acerca da liberdade que se poderá conceder ao credor em eleger a via que melhor lhe provier, nos casos citados acima. Não há hierarquia entre tais possibilidades de escolha, somente a sua conveniência, num primeiro momento, é que indicará o caminho a ser seguido.

Entretanto, como já fora exposto, diante de todas as situações que envolvem o contrato, de tudo que cerca as atitudes das partes contratantes, não se pode apenas levar em consideração a escolha do credor. Hoje, já se observa e considera também fatos que estão além do pactuado, tanto atos anexos dos atores negociais, quanto circunstâncias sociais que os envolvem e as intenções de cada indivíduo participante.

De fato, em muitos momentos a via eleita pelo credor não será a mais justa socialmente. De fato, em diversos casos seu interesse já terá sido satisfeito, mesmo com o cumprimento não total do acordado, mas com grande parte dele. De fato, os motivos que levaram ao não adimplemento completo da prestação poderão ter uma causa externa à vontade do devedor. De fato, este último poderá ter feito de tudo para adimplir sua obrigação,

cumprindo com todos os deveres anexos estabelecidos, não o tendo logrado por fatores alheios aos seus atos.

Assim, é neste contexto que entra em cena a teoria do adimplemento substancial. É na necessidade desta análise mais profunda que se aplica tal doutrina em busca de maior justiça social e econômica no mundo contratual.

Não se pode deixar a critério somente do credor uma decisão que pode ter como fundamento o foco em somente um aspecto. Todos os lados devem ser avaliados, com base nos princípios da boa-fé e da função social dos contratos a fim de que se alcance esta verdadeira justiça.

O inadimplemento de escassa importância não é, por si só, justificativa para o desfazimento do negócio jurídico. Quando o incumprimento da prestação não for de gravidade suficiente para abalar o sinalagma, não se pode recorrer de pronto à resolução, pois é imprescindível um tratamento minucioso, casuístico, tratando o fato com todas as suas peculiaridades e buscando sua efetiva causa. É o juiz quem determinará o cabimento da resolução após a avaliação precisa citada.

Importa ressaltar que, mesmo nos casos em que haja previsão expressa no contrato acerca da possibilidade de resolução, deve haver cautela das partes.

A resolução tem sua fonte na própria lei, por isso pode ser considerada como inerente aos contratos, independentemente de convenção que a preveja. Com isso, poder-se-ia presumir que o magistrado estaria impossibilitado de valorar a gravidade do incumprimento quando a cláusula fosse expressamente acordada.

Ocorre que, diante de todo o exposto, não resta dúvidas de que as partes devem guardar, em todas as fases contratuais, a boa-fé objetiva. Também não se discute o fato de que o artigo 422 do Diploma Civil é norma de ordem pública, sendo aplicável a qualquer caso, inderrogável pela vontade das partes. Portanto, tendo a teoria do adimplemento substancial como fundamento a boa-fé, é certo que as partes não podem estabelecer cláusulas que a contrariem, sob pena de serem consideradas abusivas. De nada adiantaria o legislador impor a boa-fé objetiva a todos os tipos de contratos se fosse permitido às partes estabelecer cláusulas que, ainda que indiretamente, afastassem sua aplicação.

Ilustrativamente, insta destacar que já há entendimentos acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de seguro. O artigo 473 do Código Civil, ao prever que no contrato de seguro “não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”, somente poderá ser aplicado nas hipóteses em que a mora se verificar sobre grande e significativa parte do prêmio. Em caso contrário, se o descumprimento for escasso, devido será o pagamento da indenização, sendo descontado o valor do prêmio em atraso e demais verbas decorrentes da mora.

O mesmo ocorre nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Ainda que exista previsão no Decreto-Lei n. 911, de 1/10/1969 autorizando a resolução do contrato e a busca e apreensão do objeto dado em garantia, os tribunais entendem, hoje, que isso apenas poderá ocorrer se o descumprimento for grave, considerável. No entanto, sendo este de diminuta relevância, levando-se em consideração o valor já pago pelo devedor, não é admissível a resolução contratual, sendo vedada a retomada consequente do objeto.

Nessa medida, somente será aceito o pleito pelo desfazimento do negócio jurídico quando, não afetando o princípio da boa-fé objetiva e cumprindo com sua função social, a obrigação não atingir os interesses do credor.

4.2 o Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação nos contratos de pagamento parcelado

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90) também se utiliza do princípio da boa-fé objetiva, principalmente, em seus artigos 4º, III e 51, IV, posto que é este um instrumento de busca de equilíbrio contratual, atuando como fonte interpretativa e integrativa de normas contidas nestes negócios.

A proteção ao consumidor foi colocada como objetivo primordial desta lei, tendo em vista que é compreendido como a parte mais fraca na relação obrigacional. Em sendo assim, aspectos da boa-fé são trazidos à análise para que os interesses deste membro débil da relação

não sejam prejudicados frente aos fortalecidos economicamente, titulares da produção dos atuais e freqüentes contratos de adesão.

Tais contratos, como já citado, são aqueles típicos das relações fornecedor-consumidor, cujas cláusulas são uniformes e impostas ao aderente (consumidor). Desta maneira, não há muita escolha por parte deste que, precisando realizar a compra do produto, sujeita-se ao contrato a ele apresentado, sem que possa discutir suas disposições, muitas vezes, abusivas.

Desta forma, viu-se a necessidade de se limitar a liberdade de manifestação de vontade das partes com a utilização do princípio da boa-fé. Neste aspecto, menciona Flávio Alves Martins que a boa-fé “*atua como referencial de conciliação dos interesses conflitantes e como critério definidor do exercício normal ou abusivo do direito*”²⁹. Considera, ainda, que tal princípio:

“é utilizado não apenas para a interpretação das cláusulas contratuais pura e simplesmente, mas, também, para uma atuação integradora das obrigações pactuadas, revelando ser fundamental que as partes comportem-se com correção e lealdade até o cumprimento das suas prestações”³⁰.

Os contratos de cumprimento de prestação parcelada, em dinheiro, em especial, são os mais freqüentes encontrados na realidade do cidadão brasileiro. Por ser mais fácil seu adimplemento, realizado de forma fracionada, são os mais buscados e, por conseguinte, os mais promotores de conflitos levados à justiça.

O desequilíbrio econômico vivenciado em nosso país provoca uma instabilidade no cotidiano das pessoas (desempregos, salários atrasados, recontrações com baixa de remuneração, etc.), o que faz com que isso se reflita no cumprimento das obrigações contratuais pré-estabelecidas. Assim, há que se avaliar, nos casos de inadimplemento escasso, se houve, efetivamente, prejuízo ao credor e motivação do devedor neste ato.

A boa-fé, juntamente com a função de integrar e interpretar as regras contidas nos contratos, vem analisar a intenção das partes na prática dos atos referentes ao negócio para que, ao final, vislumbre-se se houve cooperação, lealdade e solidariedade entre elas. A necessidade de limitação da autonomia da vontade destas partes componentes do contrato é

²⁹ MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

³⁰ Idem 10.

realizada por este princípio, o qual, visando atender às funções sociais do direito obrigacional, pretende a satisfação, antes de qualquer coisa, até mesmo dos interesses do consumidor, dos interesses da coletividade.

A teoria do adimplemento substancial age nesse sentido, valorando a gravidade do inadimplemento, seja qual for o seu tipo, e a conseqüente lesão ao interesse do credor para verificar se há cabimento ou não desta doutrina. Nos casos ligados aos direitos do consumidor, englobados em sua maioria pelo estudo em questão, o pequeno incumprimento da obrigação estipulada é levado em consideração no tocante a sua gravidade, como dito, e não de acordo com a natureza do dever descumprido, não importando o tipo de inadimplemento ocorrido.

É por este motivo que o magistrado poderá interferir na realidade contratual, na medida em que a vontade das partes explanada no negócio deva ceder diante de valores considerados superiores. Essa intervenção estatal é justificada, então, pois a harmonia dos interesses contratuais e a viabilização dos princípios constitucionais através de um comportamento leal e cooperativo, baseado na boa-fé, são o escopo a ser atingido pela sociedade de consumo que tanto contrata nos dias atuais.

Assim, é baseando-se na boa-fé instrumentalizada pelo Código de Defesa do Consumidor que a teoria do adimplemento substancial ganha forças. A proteção aos interesses do consumidor, bem como aos de qualquer outra categoria de devedor, nos contratos de compra e venda em que a prestação cumprida se dê na modalidade fracionada deve se fundamentar no que preconizam os princípios constitucionais da boa-fé e da função social dos contratos.

A recepção desta doutrina por nosso ordenamento jurídico se deu nos moldes do que anseia a sociedade brasileira, isto é, diante do aumento do número de contratos, do surgimento dos contratos de adesão, do desequilíbrio econômico-social vivido, da facilitação do cumprimento das prestações dos contratos pela possibilidade de pagamento parcelado, entre outros fatores.

A necessidade de segurança jurídica que advém de toda essa realidade produziu a busca por uma adequação do direito pátrio a tais circunstâncias. Numa pesquisa em ordenamentos comparados, vislumbrou-se a utilização da doutrina do adimplemento substancial e passou-se a utilizá-la.

Com a lei civil brasileira já impregnada de entendimentos constitucionais, foi verificado o perfeito cabimento desta teoria em nossa justiça. Os princípios, inseridos na Lei 8078/90, deram força à mesma que, visando o equilíbrio e a manutenção contratual, em detrimento dos malefícios oriundos da resolução do negócio, revisam a relação de direito obrigacional, avaliando tudo que a envolve, para que se alcance a plena justiça social.

Os entendimentos jurisprudenciais têm demonstrado tal cabimento na medida em que estão reconhecendo a aplicação da teoria do adimplemento substancial para os casos em que o incumprimento encontre-se em torno de 20% da totalidade da obrigação. O *quantum*, como mencionado anteriormente, não deve ser exato, porém, há uma razoabilidade no âmbito de tal aplicação. É o que será visto no capítulo posterior.

5. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DO TEMA

Após a análise realizada acerca da teoria do adimplemento substancial em capítulos anteriores, não se pode deixar de mencionar os atuais entendimentos jurisprudenciais que se relacionam com o tema.

Como observado, a doutrina estudada vem sendo aplicada cada vez mais a casos em que ocorra o cumprimento substancial, mas não total, do objeto pactuado na relação contratual e haja, pela parte credora, interesse em desfazer tal vínculo, em razão da não integralidade do adimplemento.

Conforme exposto, a teoria do adimplemento substancial tem aplicação a diversos tipos de contrato, em especial os de compra e venda, alienação fiduciária e seguro. Os primeiros, tendo como estabelecido o pagamento fracionado da obrigação, são o foco desta pesquisa. Entretanto, não se pode furtar à análise destes outros tipos de contratos, eis que, são demasiadamente passíveis de aplicação desta doutrina por terem também o parcelamento de suas obrigações como ponto característico. Portanto, podem ilustrar de forma significativa a maneira pela qual se adequa a teoria aos casos concretos.

Serão apresentadas também decisões que não reconheceram a aplicação desta teoria e outros tipos de contrato que possam enriquecer a compreensão do trabalho.

Ações que pleiteiam a resolução do negócio, a busca e apreensão da coisa adquirida ou o prêmio proveniente do contrato de seguro são as mais encontradas. Veja-se, então, alguns

julgados que demonstram a aplicação do objeto do estudo aos casos apresentados ao Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato será afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado na Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato³¹.

No Rio de Janeiro os posicionamentos recaem no entendimento de que deve ser aplicada a teoria do adimplemento substancial.

Se houve o pagamento de mais de 70% do preço, caracterizado está o adimplemento substancial a recomendar a manutenção do contrato, facultada à credora a cobrança do débito. Abusividade da cláusula que determina a rescisão contratual, com perdimento do valor pago em caso de atraso de pelo menos três prestações. Contrato que deve ser interpretado segundo o princípio da boa-fé, mantendo-se a relação societária de cunho familiar (...)³².

Constitui entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, que o depósito efetuado a menor em ação de consignação em pagamento não acarreta a total improcedência do pedido, na medida em que a obrigação é parcialmente adimplida pelo montante consignado, acarretando a liberação parcial do devedor. O restante do débito, reconhecido por sentença, pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória. Releva consignar que, na hipótese, ocorreu o denominado adimplemento substancial, situação em que se verifica ter sido o contrato cumprido em sua substância fundamental, ainda que não integralmente, pelo que não se há de rescindi-lo, facultando-se às partes a busca de eventuais perdas e danos³³.

³¹ STJ, 4ª Turma, Resp 272.739 – MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1º-3-2001, DJ, 2-4-2001.

³² Apelação Cível n. 200700100834, Relator Des. Leila Mariano, 2ª Câmara Cível, Julgado em 14/02/2007.

³³ Apelação Cível n. 200700127582, Relator Des. Marco Antônio Ibrahim, 20ª Câmara Cível, Julgado em 05/12/2007.

Agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Decisão que deferiu a liminar possibilitando ao réu a purga da mora. Inteligência do artigo 3º, §2º, do Decreto-Lei 911/69, com a nova redação dada pela Lei 10931/04. A expressão dívida pendente se refere ao débito vencido, não abrangendo as parcelas vincendas. Exegese que se impõe para que não haja penalização da parte mais fraca da relação contratual. Tratando de relação de consumo, cabe ao consumidor a escolha entre a resolução do contrato ou o cumprimento da avença, colocando-se em dia as suas obrigações, através da purgação da mora³⁴.

O Tribunal do Rio Grande do Sul tem compreendido a matéria no mesmo sentido:

Tendo a demanda restado inadimplente apenas com duas parcelas e meia, significando um adimplemento substancial do preço, não se justifica a rescisão contratual pretendida pelo autor (...)³⁵.

Diante do pagamento substancial da dívida, ou seja, pagamento de 16 parcelas dentre as 24 pactuadas, inviável a reintegração de posse pela credora. Diante da singeleza da Ação, impõe-se a redução dos honorários advocatícios. Apelação provida por maioria³⁶.

Pretendendo a autora a busca e apreensão do bem, com base em negócio jurídico substancialmente adimplido, é inviável o pleito. Em uma análise fática dos autos, o devedor adimpliu quase a integralidade da obrigação³⁷.

Ação de rescisão contratual cumulada com indenização. Arrendamento mercantil. Adimplemento substancial. Ante o adimplemento substancial do contrato é incabível a ação de rescisão contratual, devendo a arrendatária buscar seu crédito em ação própria. Apelo desprovido³⁸.

O Tribunal de Justiça de São Paulo se posiciona da mesma maneira. Veja-se:

Civil e processual. Seguro. Automóvel. Atraso no pagamento de prestação. Ausência de prévia constituição em mora. Impossibilidade de automático cancelamento da avença pela seguradora. Dissídio jurisprudencial configurado. Cobertura devida. O mero atraso no pagamento de prestação de prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato,

³⁴ Agravo de Instrumento n. 200700226962, Relator Dês. Siro Darlan de Oliveira, Décima Segunda Câmara Cível, Julgado em 04/12/2007.

³⁵ Apelação e reexame Necessário n. 70019074939, décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 03/04/2008.

³⁶ Apelação Cível n. 70021670435, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça Do Rio Grande do Sul, Relator: Lúcia de castro Boller, Julgado em 10/04/2008.

³⁷ Apelação Cível n. 70006888051, tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Julgada em 15/04/2004.

³⁸ Apelação Cível n. 70021969852, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 21/02/2008.

para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação (...) ³⁹.

Contrato de seguro de vida em grupo. Legitimidade passiva da instituição financeira pertencente ao mesmo grupo econômico da seguradora. Atraso no pagamento do prêmio. Cancelamento automático do contrato. Impossibilidade. Necessidade de interpelação do segurado para constituí-lo em mora (...) o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação ⁴⁰.

Comprovado fica que, sendo cumprida de forma substancial a obrigação estabelecida no contrato, este deve ser mantido, não cabendo sua resolução.

Passa-se a demonstrar as decisões nas quais o adimplemento substancial não foi reconhecido:

Seguro. Indenização por morte. Prestações mensais dos prêmios atrasados. Suspensão da eficácia do contrato. Em consonância com o que dispõe o artigo 12 do Decreto-Lei n. 73/66, a seguradora não fica obrigada a pagar a indenização se, na data do óbito, o segurado estava em atraso quanto ao pagamento do prêmio, razão pela qual encontrava-se suspenso o contrato ⁴¹.

Agravo Inominado oposto pelo requerido em face de decisão que negou seguimento ao recurso de apelação. Artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil. Rescisão de contrato de arrendamento mercantil com pedido de indenização por perdas e danos. Impossibilidade do adimplemento substancial ⁴².

Apelação Cível. Contrato de arrendamento mercantil. Perecimento do bem. Roubo. Contrato de Seguro. Beneficiário. Coisa julgada em relação à descaracterização do contrato. Inexistência de adimplemento substancial que desse ensejo a solução jurídica diversa. Em virtude de todas as vicissitudes do caso concreto, em especial o perecimento do bem e a concordância expressa do recorrente com o pagamento diretamente à arrendante da indenização paga pela Seguradora, a pretensão recursal de nulidade de cláusula referente ao contrato de seguro não merece ser acolhida, mormente pela circunstância de que o recorrente é claramente beneficiário por tal estipulação. Tampouco possível a condenação da apelada ao pagamento da totalidade do valor recebido da seguradora, seja porque o autor expressamente autorizou tal procedimento, seja porque acarretaria enriquecimento injustificado. Daí porque a solução que se apresenta deve ser aquela adotada por esta Corte em situações análogas: devolução de todos os valores pagos pelo arrendatário a título de valor

³⁹ Resp. n. 316552/SP, relator: Min. Aldir Passarinho, Julgado em 09/10/2002.

⁴⁰ Resp. n. 316.449/SP, DJ 12/04/2004.

⁴¹ Resp n. 302.500/MG, Relator Min. Castro Filho, Terceira Turma, Julgado em 21/10/2003, DJ 09/12/2003.

⁴² Resp n. 345596/SP, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, Julgado em 18/06/2002, DJ 06/09/2002.

residual garantido, pois a opção de compra resta inviabilizada no seu aspecto material. Os demais valores pagos, até a data do roubo, são devidos, pois correspondem ao pagamento de aluguel pelo uso do bem durante o período em que se deteve a posse direta do mesmo⁴³.

Diante de todos esses julgados, vislumbra-se que há, hodiernamente, uma tendência em se ampliar as normas jurídicas de modo que possam se integrar e abraçar as causas apresentadas ao direito da melhor forma.

Os indivíduos necessitam de total cobertura jurídica para que tenham seus anseios e pretensões atingidas. Não havendo previsão legal expressa acerca de um aspecto social trazido à realidade da justiça, como é o caso do adimplemento substancial, o direito produz uma adequação das normas que já possui com aqueles entendimentos que retira da legislação comparada, logrando, assim, atender às demandas sociais com a melhor qualidade de justiça possível.

A intensa utilização do instituto contratual, que é presenciada nos dias atuais, trouxe a necessidade de tal adequação, posto que diversos conflitos dela se originaram.

Portanto, como meio de atenuar a problemática deste contexto, o direito brasileiro recepcionou a Teoria do Adimplemento Substancial, a qual limita o direito potestativo de resolução contratual pelo credor nos casos de inadimplemento parcial, e os tribunais a aplicam nos moldes dos fundamentos e princípios de nosso ordenamento jurídico (boa-fé objetiva e função social dos contratos), como demonstrado nos entendimentos acima citados.

Desta forma, entende-se que haverá maior justiça. Conforme mencionado em outras oportunidades, é válido que seja realizada uma análise aprofundada dos casos concretos que envolvam o inadimplemento parcial, em função da realidade econômica e social instável vivida em nosso país, bem como para se atingir os verdadeiros interesses das partes contratantes e da sociedade como um todo.

⁴³ Apelação Cível n. 70014701148, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 17/04/2008.

6. CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 trouxe para o Código Civil, em especial para o Direito das Obrigações, uma visão solidária, leal, dos contratos. Hoje, o entendimento de que a relação jurídica obrigacional é uma relação linear, composta por partes antagônicas e adversárias, não mais se sustenta.

Os pólos, credor e devedor, são encarados como cooperadores da relação contratual, devendo atuar com lealdade, solidariedade, transparência, entre outros aspectos focados na presente pesquisa. Uma série de deveres externos, ônus e sujeições são trazidos às bases da negociação para que os interesses das partes e da coletividade sejam atingidos de forma plena e satisfatória.

Vive-se, hodiernamente, um momento em que as contratações fazem parte do dia-a-dia dos indivíduos, o que criou uma série de novos conflitos, até então, não apresentados ao direito. Ademais, o surgimento dos contratos de adesão, aqueles de cláusulas já estipuladas por uma das partes com o fim de simplificar e facilitar as contratações, deu início a criação de diversas cláusulas abusivas, as quais ferem o mundo das obrigações.

Neste contexto, em sendo o direito um fato social, vislumbrou-se a necessidade de adaptação às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico pátrio à realidade social vivenciada.

Com a intensa utilização dos contratos para fins econômicos, principalmente para aquisição de bens, observou-se uma evolução deste instituto tanto no que toca ao seu conteúdo quanto nas formas de cumprimento de seu objeto. Surgiram, então, os contratos com pagamento parcelado, isto é, diante do aumento nas vendas de seus produtos, os estabelecimentos comerciais passaram a possibilitar o pagamento dos mesmos de maneira fracionada para que, com isso, crescesse ainda mais o interesse por sua compra.

Assim, uma grande parte da sociedade, agora, passou a participar de relações contratuais, o que fez com que problemas daí surgissem. Um dos principais pontos que envolve esta problemática apresentada é o adimplemento substancial.

Do conteúdo exposto no presente trabalho, verifica-se que o adimplemento substancial consiste em uma limitação do direito potestativo do credor em resolver o negócio pelo simples fato de o devedor não ter cumprido integralmente a obrigação pactuada.

Diante da instabilidade econômica vivida em nosso país, sabe-se que diversos pontos externos podem interferir na realidade de uma pessoa (desemprego, baixa de salários etc.). É daí que, fundamentando-se nos princípios constitucionais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, surge a idéia de aplicação da teoria ora analisada.

Foi no direito comparado que se encontrou tal doutrina e, em consonância com nossos princípios e fundamentos, o ordenamento jurídico brasileiro a recepcionou.

A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial baseia-se na gravidade do adimplemento, ou seja, se este for de escassa importância entende a mesma que o devedor não deverá ser atingido pela resolução do contrato, pleiteada pelo credor, eis que cumpriu com grande parte do pactuado.

A resolução do vínculo negocial é prejudicial tanto às partes quanto à coletividade, posto que não analisa com profundidade os motivos que envolveram o parcial inadimplemento e, ainda, desfaz o contrato impedindo que sejam satisfeitos os interesses dos contratantes e de terceiros que, eventualmente, estariam relacionados ao negócio.

É nesse sentido que entende a teoria mencionada. Fundamentada na boa-fé, a qual prevê lealdade, cooperação, solidariedade, transparência, entre os atores da relação contratual, e na função social que possui o instituto dos contratos que age a doutrina do adimplemento substancial, pois é importante a avaliação das intenções dos pólos da relação, bem como do bem-estar dos envolvidos neste negócio para que se alcance uma justiça verdadeira e plena.

Muitas vezes é satisfeito o interesse do credor mesmo quando o adimplemento da obrigação acordada não ocorre de forma integral. Nos casos em que tal prestação é realizada em dinheiro este fato tem, ainda, maior relevância.

É por isso que importa a análise aprofundada de todas as questões que abraçaram a causa do não total cumprimento da obrigação contratual, ou seja, para a verificação da satisfação dos interesses do credor, para avaliação da gravidade do parcial inadimplemento, para a análise do esforço realizado pelo devedor no cumprimento das prestações pactuadas, para a verificação do comportamento leal e cooperativo das partes em todas as fases do

contrato e para a percepção do alcance dos interesses sociais envolvidos naquele negócio, principalmente.

O responsável por toda essa análise é o juiz, o qual, diante deste contexto em que há restrição dos direitos privados e maior intervenção do Estado nas relações de caráter individualista, avalia o caso que lhe fora apresentado, com todas as suas peculiaridades, para verificar se cabe a resolução do contrato pleiteada.

Caso entenda que houve influência externa de algum fator que escapasse à vontade do devedor e, ainda, que ocorreu o pagamento substancial por este último da prestação estabelecida no negócio, o juiz entenderá pela aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

Portanto, caberá ao magistrado avaliar tais circunstâncias e vislumbrar se efetivamente há motivos que justifiquem a resolução do contrato ou se, através de uma revisão em suas cláusulas, há possibilidade de o manter. É exatamente o que está a acontecer nos Tribunais brasileiros.

Agindo desta forma, buscam os operadores do direito, com a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial baseada na boa-fé objetiva e na função social dos contratos, atingir aos anseios sociais, quais sejam, a vida justa e a paz social, pois o contrato, além de possuir a função de circulador de riquezas, possui também uma função social.

O objetivo almejado com a realização deste trabalho era demonstrar que os fatos explicitados anteriormente estão, efetivamente, ocorrendo nos tribunais de nosso país. Com toda a exposição feita até este momento, pode-se concluir que os entendimentos que predominam no campo dos contratos onde ocorra inadimplemento parcial, hoje, têm respaldo na aplicação da teoria ora analisada.

Com o desenvolvimento da pesquisa, buscou-se apresentar a Teoria do Adimplemento Substancial com sua origem, seu conceito e os fundamentos jurídicos utilizados para justificar sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, com a demonstração exemplificativa de julgados que aplicaram a doutrina estudada, restou claro que há uma tendência de adoção da mesma por nosso direito.

Ainda não estando positivado na legislação brasileira, o objeto do trabalho é base de muitos entendimentos em ordenamentos estrangeiros, posto que limita a atuação do particular

ante aos interesses coletivos, fato este que é um seguimento constitucional adotado por nosso ordenamento, principalmente, pelo instituto contratual.

Portanto, fácil se torna à percepção de que o objetivo desta pesquisa foi alcançado em seu maior potencial, qual seja, a demonstração de que a Teoria do Adimplemento Substancial está sendo aplicada em nosso ordenamento jurídico, eis que fora recepcionada pelo direito do Brasil, o que resta comprovado através dos julgados apresentados em seu quarto capítulo.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 06, abril/junho-1993.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil**. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica; perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, n. 46, 1988.

ASSIS, Araken. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: RT, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípio do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 750, abril, 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado; direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. *RT/Fasc. Civ.*, ^a 87, v. 750, abril 1998.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 9, nov. de 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A atual teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em 22 de mar. de 2008.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **In Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. Escrito em autoria com Gerson Branco. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José. **A ética e a boa-fé no novo Código Civil**. In Questões Controvertidas do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Método, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Crise e modificação da idéia de contrato no Direito brasileiro. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo – v.3. Set/Dez, 1992.

_____. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA DA SILVA, Vivien Lys Porto. **Adimplemento substancial**. 2006. Dissertação (Mestrado na área de direito das relações sociais, sub-área Direito Civil). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2001/1156>.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Trad. José Lamengo. Lisboa, Portugal: Calouste Gulbenkian, 1983.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado social**: crise e transformações. Maceió: Edufal. 1983.

MACNEIL, Yan. **The New social Contract**. An Inquiry into Modern Contractual relations. Yale University Press, 1980.

MACHADO, João Baptista. **Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium**. In *João Baptista Machado - Obra Dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. I.

MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º à 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**. Contrato – Tomo I. Ed. Lumen Yuris. 1ª edição, 2003.

MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. **A boa-fé como parâmetro de abusividade no direito contratual**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.), problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Em a década de constituição – 1988/1998**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2003.

_____; ANDRAE, Rosa Maria de. **Novo Código Civil anotado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVAIS, Alinne Arquete Leite. **Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente**. In: TEPEDINO, Gustavo [Coord.] Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>. Acesso em 22 de abr. de 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Forense, 2003.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, Vitor Borges da. A função social dos contratos e a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007 Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em 22 de abr. de 2008.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao novo código civil**. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, nº 65, São Paulo, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Código Civil**. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. **O chamado direito civil constitucional**. In: COSTA, Judith Martins [Org.] A reconstrução do direito privado; reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

WALD, Arnaldo. O contrato: passado, presente e futuro. **Revista Cidadania e Justiça**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 4, nº 8, 2000.